

El Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas, IWGIA, es una organización internacional e independiente fundada en 1968. Su Secretariado Internacional se encuentra en la ciudad de Copenhague, Dinamarca. IWGIA trabaja con pueblos indígenas de todo el mundo apoyando su lucha por los derechos humanos y la autodeterminación.

¿HAY GENOCIDIOS COTIDIANOS? y otras perplejidades sobre América Indígena

¿Hay Genocidios Cotidianos? es libro sobre *perplejidades* cuyo título puede a su vez provocar alguna perplejidad. Es de suponer que así sea desde el momento en el que, para las Américas, se ve unido el sustantivo *genocidio* al calificativo *cotidiano*. ¿Es que puede haber hoy genocidios invisibilizados, genocidios que estén perpetrándose de forma cotidiana por latitudes de la América indígena?

Se tiene hoy comúnmente, incluso entre especialistas, una idea del genocidio que lo reduce a operación estrepitosa de masacre intensiva de seres humanos. ¿Cómo puede entonces pretenderse en serio que puedan existir *genocidios cotidianos* y además desapercibidos? Para el derecho penal internacional genocidio es la acción tendente a hacer desaparecer en todo o en parte determinados grupos humanos entre los que los pueblos indígenas están a estas alturas expresamente comprendidos. Una política de acoso incluso incruento a comunidades persiguiendo la neutralización y ninguneo del correspondiente pueblo, con esta determinada intención, puede constituir genocidio; si a esto se suma la violencia sanguinaria más o menos selectiva, sin necesidad de que sea masiva, tal delito es paladino. A la vista debiera estar.

La posibilidad, como se verá en estas páginas, la han visibilizado, por ejemplo, el Asesor Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Fiscal de la Corte Penal Internacional respecto a Colombia en concreto.

De episodios de dicha política y de dicha violencia este libro trata. Comienza por la historia para situarse enseguida en el presente. Intenta en efecto traer a la vista *genocidios cotidianos*.



¿HAY GENOCIDIOS COTIDIANOS?
y otras perplejidades sobre América Indígena

Bartolomé Clavero



¿HAY GENOCIDIOS COTIDIANOS? y otras perplejidades sobre América Indígena

Bartolomé Clavero

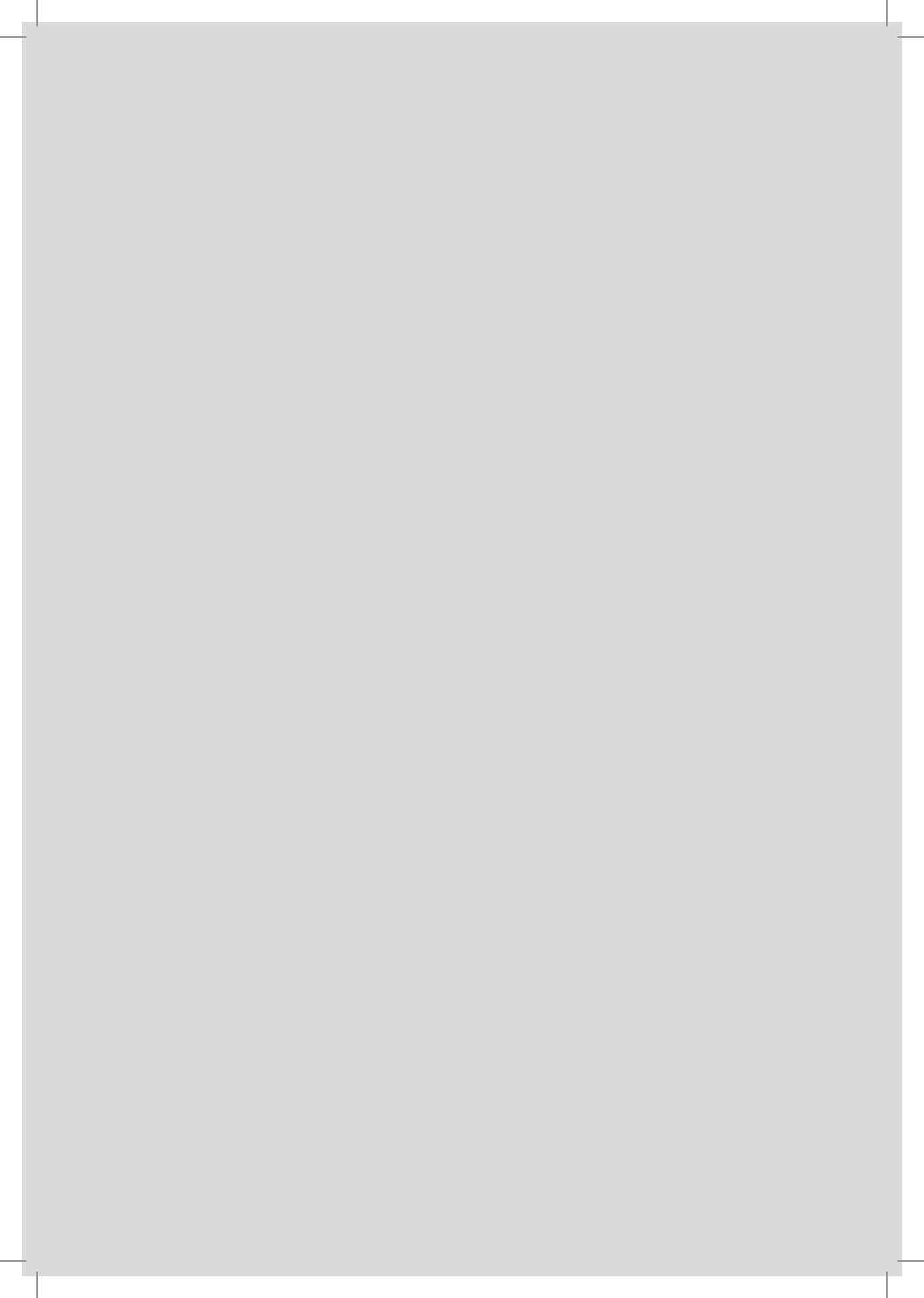
Bartolomé Clavero es profesor de historia constitucional en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla, España, y ha sido miembro del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en calidad de experto independiente durante el trienio 2008-2010. Precisamente desde la perspectiva de la historia constitucional comparada se introdujo en el estudio de los derechos de los pueblos indígenas por las Américas.

Entre sus publicaciones figuran *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, México, Siglo XXI, 1994 (Premio de la UNESCO al *Encuentro entre Culturas* en la Feria del Libro de Buenos Aires, Argentina, de 1995); *Ama llunku, Abya Yala. Constituyencia indígena y código ladino por América*, Madrid, CEPC, 2000; *Genocidio y Justicia. La Destrucción de Las Indias Ayer y Hoy*, Madrid, Marcial Pons, 2002; *Tratados con otros Pueblos y Derechos de otras Gentes en la Constitución de Estados por América*, Madrid, CEPC, 2005; *Freedom's Law and Indigenous Rights: From Europe's Oeconomy to the Constitutionalism of the Americas*, Berkeley, Robbins Collection, 2005; *Geografía Jurídica de América Latina: Pueblos Indígenas entre Constituciones Mestizas*, México (Siglo XXI) 2008; *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán (Giuffrè) 2008.



IWGIA





¿HAY GENOCIDIOS COTIDIANOS?

y otras perplejidades sobre América indígena

Bartolomé Clavero

IWGIA – Serie Derechos Indígenas

**¿Hay genocidios cotidianos?
y otras perplejidades sobre América indígena**

Copyright: el autor y el Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA)

Foto de tapa:

Producción editorial: Alejandro Parellada

CATALOGACIÓN HURIDOCS (CIP)

Título: *¿Hay genocidios cotidianos? y otras perplejidades sobre América indígena*

Autor: Bartolomé Clavero

Número de páginas: 372

ISBN: 978-87-92786-04-3

EAN: 9788792786043

Idioma: castellano

Index: 1. Pueblos Indígenas

Área geográfica: América del Sur

Editorial: IWGIA

Fecha de publicación: agosto de 2011



Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas

Classensgade 11 E

DK 2100 - Copenhagen

Dinamarca

Tel: (45) 35 27 05 00

Fax: (45) 35 27 05 07

iwgia@iwgia.org

www.iwgia.org



Indice

Prólogo de Rodolfo Stavenhagen.....	8
Introducción	10
El genocidio de América ante la Corte de la Muerte.....	12
Nación Camba, pueblos indígenas y derecho internacional en el Perú.....	20
Ley frente a Constitución en el Ecuador: nueva Ley de Minería.....	28
Impacto empresarial sobre pueblos indígenas.....	33
Enredo normativo y derechos indígenas en el Perú	36
Ecuador: problemática tipificación del genocidio.....	40
Chile: reforma constitucional cancelatoria de derechos indígenas.....	44
Jurisprudencia constitucional contra derechos de pueblos en el Perú	47
El Salvador: malos recuerdos y buenas noticias.....	51
Naciones Unidas contra pueblos indígenas en Chile.....	53
Visita al Chaco Menó	56
Visita a Itakuatía	59
Estado de emergencia contra indígenas en el Perú.....	62
Perú: razón del derecho y sinrazón del Gobierno.....	65
Genocidio peruano y derecho penal internacional	67
Derecho penal del enemigo en el Perú.....	70
Perú: ¿de qué sirve el derecho penal internacional?.....	73
Perú, modelo genocida	76
Perú: imputación de genocidio a jefe de Estado	80
Perú: ¿a qué llamamos genocidio?	84
Desplazamientos genocidas: caso Yakye Axa	88
¿Hay genocidios pequeños? caso Charco La Pava.....	93
¿Fronteras genocidas? casos Wixárica y Guaraní.....	97
Genocidios cotidianos: caso Mapuche.....	101
¿Hay genocidio meramente potencial? empresas, gobiernos, indígenas	106
Genocidio constitucional: derechos, obligaciones, servicios	110
Banalidad del genocidio, invisibilidad de los genocidios	114
Bolivia y el expolio internacional de la cultura indígena	118
Criminalización internacional de la hoja de coca	122
Brasil y el expolio guaraní.....	126
Expolio mapuche en Neuquén, Argentina.....	129
Genocidio toba y constituciones del Chaco argentino.....	133
Censos y registros: identidad xinca en Guatemala	136
Genocidio de Estado y derecho de pueblos en Costa Rica.....	140
Vía chilena al colonialismo en Wallmapu.....	145
Violencia sexual y genocidio indígena	150

Visita a Itakyry	154
Chile: educación intercultural contra derechos indígenas.....	158
Latinobarómetro: insidia conraindígena y sesgo antidemocrático.....	161
Trabajo infantil indígena y Organización Internacional del Trabajo	165
Ecuador: Corte Constitucional contra pueblos indígenas.....	169
Perú: estatuto judicial, Tribunal Constitucional, jurisdicción indígena.....	172
Colombia: consentimiento indígena entre jurisprudencia y política	175
Colombia: responsabilidad compartida en la mortandad y el despojo indígena	178
Perú: el Tribunal Constitucional contra sí mismo.....	181
Belice: jurisprudencia postcolonial y título indígena.....	185
Visita al Pueblo Awá	189
Apólogo colonial	193
Genocidio en Colombia: alerta de la Corte Constitucional.....	197
Perú: Tribunal Constitucional, Congreso de la República, fraude de tratado	204
Pueblos indígenas y responsabilidad corporativa.....	207
Pueblos indígenas y formas contemporáneas de esclavitud	211
<i>Terra Nullius</i> y propiedad indígena (caso Xákmok Kásek)	215
Colombia, fiscalía de la Corte Penal Internacional y relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas.....	219
Bolivia: ley antirracista, código penal, medios de comunicación	223
Informe de Bolivia al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial.....	226
Perú: aberrante jurisprudencia del Tribunal Constitucional	229
Bolivia: procedimiento legislativo y consulta indígena	232
Reforma constitucional, derechos humanos y pueblos indígenas en México	235
Operación Gerónimo	240
Hoja de coca en Naciones Unidas.....	243
Políticas de la memoria en la ciudad colonial de Nueva York.....	246
Defensa penal internacional de los derechos de los pueblos indígenas	
I Introducción.....	250
II La Convención sobre el Genocidio y los pueblos indígenas	251
III El estatuto de la Corte Penal Internacional y los pueblos indígenas	254
IV Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y crímenes internacionales.....	256
V Observación del Relator sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas	258
VI Conclusiones	259

Prólogo

El profesor Bartolomé Clavero, catedrático de la Universidad de Sevilla, presenta ahora un libro de gran importancia para el estudio y el conocimiento de las relaciones entre los derechos humanos de los pueblos indígenas y la emergente disciplina del derecho indígena, tanto a nivel nacional como internacional.

Asume una postura no sólo de académico, sino de activista en defensa de los derechos de los pueblos indígenas, tal como lo ha hecho a lo largo de su amplia y prolífica carrera. Este libro constituye un verdadero tesoro, una selección de los múltiples y agudos artículos que durante los últimos años el profesor Clavero ha publicado y circulado en su blog <http://clavero.derechosindigenas.org>.

A su larga experiencia de investigador y analista de los temas jurídicos, sobre todo constitucionales, agrega ahora sus aportes como cronista de la realidad dinámica en la que se vienen desarrollando desde hace algunos años los conflictos entre los pueblos indígenas y algunos gobiernos latinoamericanos en torno a una larga lista de violaciones y reclamaciones sobre derechos humanos, en el marco de las nuevas legislaciones internacional y nacional. Clavero tuvo la oportunidad de observar e intervenir en los debates, a veces agudos y controvertidos, sobre estos temas, desde la perspectiva del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de la Organización de las Naciones Unidas, del cual fue miembro durante tres años. Participó también en diversas misiones de observación en el campo de los hechos, sobre los cuales informa con objetividad y claridad.

Clavero es no solamente un agudo estudioso de realidades complejas, sino sobre todo un observador comprometido, y sus textos son argumentos bien fundamentados con conclusiones y juicios que no siempre han sido del agrado de los gobiernos indicados. Cuando los hechos lo ameritan, Clavero señala con minuciosidad las contradicciones en las que incurren los estados al no querer cumplir con sus obligaciones internacionales y con frecuencia también constitucionales. Hábilmente descubre las trampas jurídicas y procesales que los eternos y perennes enemigos de los pueblos indígenas urden para apoderarse de las tierras y los recursos de estos pueblos, en contravención muchas veces de las normas constitucionales de sus países y de las nuevas normas del derecho internacional, tales como la Declaración de la ONU y la Convención 169 de la OIT.

Es por ello que Clavero justifica ampliamente el provocador término que ha escogido para título de su libro, *Genocidios cotidianos*, puesto que no se pueden ocultar los hechos dramáticos que han llevado en muchos lugares a la desaparición paulatina de los pueblos y comunidades indígenas en algunos países latino-

americanos. Procesos impulsados por las grandes corporaciones transnacionales (mineras, petroleras, forestales y otras) y por las propias autoridades gubernamentales (como en el caso de Perú durante la nefasta –para los indígenas-- administración de Alan García, o de Colombia durante la de Alvaro Uribe). Por ello el libro de Clavero es un llamado a la acción que señala uno de los caminos que los pueblos indígenas y sus amigos pueden emprender y profundizar para la defensa, protección y promoción de sus derechos, el camino de la acción jurídica así como la acción política, que cada vez más está siendo utilizada por las organizaciones indígenas y civiles con buen propósito. Clavero, sin embargo, no es nada ingenuo, para creer que sólo frente a los tribunales y en los foros internacionales debe ser defendida la causa de los derechos indígenas. Pero en este campo en especial, hay pocas personas que superan la habilidad, el conocimiento y la crítica que Clavero sabe desplegar y que tanta influencia ha tenido ya en este ámbito de estudio y de acción teórica y práctica. El libro que se presenta tiene asimismo un profundo componente didáctico, ya que los argumentos que despliega el profesor Clavero han de ser considerados como lecciones para el trabajo que hoy en día vienen llevando a cabo los litigantes que defienden, cada vez con mayor frecuencia, los derechos indígenas ante los tribunales y los defensores indígenas que cada vez con mayor frecuencia asumen la defensa de los derechos de sus comunidades antes las distintas instancias del poder.

Rodolfo Stavenhagen
Profesor emérito, El Colegio de México

Introducción

¿Hay Genocidios Cotidianos? Y otras perplejidades sobre América Indígena es una selección de notas, crónicas y reflexiones publicadas en el sitio web <http://clavero.derechosindigenas.org> desde poco después de que el autor accediese como experto independiente al Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, en el 2008, para el periodo de un trienio recién cumplido en el 2010. La iniciativa y la pericia para potenciar el trabajo del nuevo miembro del Foro Permanente concentrando escritos suyos en dicho sitio fue de Víctor Toledo Llancaqueo, publicista mapuche, fundador y director del Centro de Políticas Públicas, en Santiago de Chile. A efectos de manifestar su agradecimiento, el nombre de Víctor se permite el autor tomarlo como cifra de cuantas y cuantos le asistieron en la llevanza del sitio. Por él solo, sin esta ayuda, podría hacer bastante menos. Hay entre ellas y ellos incluso quienes no le son personalmente conocidos y le vienen confiando, en el mismo sitio o mediante correo privado, no sólo noticias y documentación, sino también reflexiones personales.

La pertenencia al Foro Permanente le ha dado al autor acceso no sólo a información fuera de la corriente y a menudo contracorriente, sino también a lugares, personas, organizaciones y comunidades más allá de los circuitos de tránsito frecuente o incluso de los límites de la humanidad comúnmente visible para posiciones académicas como sea profesionalmente la suya, pues se desempeña como profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Como miembro del Foro ha participado en misiones a la América indígena profunda por Paraguay, por Bolivia y por Colombia. Experiencias parecidas ya había tenido por Guatemala y por Perú como partícipe en misiones de observación electoral de la Comisión Europea, así como por Chile como miembro de una misión de la Federación Internacional de Derechos Humanos, entre otras ocasiones por estas y otras latitudes. Ya hace tiempo que, respecto a América, prefiere el autor acceder a estudios de campo por vías más vivas que la académica, lo que piensa que viene redundado tanto en el afinamiento de la información como en el refinamiento de la perspectiva. Los circuitos académicos y profesionales andan más abstraídos, por no decir que, con contadas excepciones, más desentendidos.

¿Produce alguna perplejidad el título sobre la primera entre las perplejidades del autor? Es de suponer que así sea desde el momento en el que se ve unido el sustantivo *genocidio* al calificativo *cotidiano*. En medios no sólo globalmente políticos, sino también especialmente académicos, impera una idea del genocidio que lo reduce a una operación estrepitosa de masacre intensiva de seres hu-

manos. ¿Cómo puede entonces pretenderse en serio que puedan existir *genocidios cotidianos*? Para el derecho penal internacional genocidio es la acción tendente a hacer desaparecer en todo o en parte determinados grupos humanos entre los que los pueblos indígenas están hoy expresamente comprendidos. Una política de acoso incluso incruento a comunidades persiguiendo la neutralización y ninguneo del correspondiente pueblo, con esta determinada intención, puede constituir genocidio; si a esto se suma la violencia sanguinaria más o menos selectiva, sin necesidad de que sea masiva, tal delito es paladino. La posibilidad, como se verá, la han señalado por ejemplo el Asesor Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio, el Relator Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Fiscal de la Corte Penal Internacional respecto a Colombia en concreto. De episodios de dicha política y de dicha violencia trata este libro. Comienza por la historia para situarse enseguida en el presente, lo que importa.

El genocidio de América ante la Corte de la Muerte*

Cortes de Casto Amor y Cortes de la Muerte es una colección que, entre otra miscelánea, recoge *Cenas*, esto es, escenas teatrales, de manos varias y autoría controvertida por no bien identificada en la parte al menos cuya representación va a interesarnos. Fue impresa en 1557 en la ciudad de Toledo por determinación de un joven, que luego se haría clérigo, un tanto dado a apropiarse o al menos a servirse de obra ajena, libertad que otros también se tomaron con la suya. La escena que nos interesa no sucede ante la tierna *Corte de Casto Amor*, sino ante la severa *Corte de la Muerte*.

Un personaje identificado como *Cacique* comparece para presentar su caso. Le acompaña, según esta forma de reparto por arquetipos, al menos *Otro Indio*. El tribunal lo preside *Muerte* y se integra, en este orden, por *San Agustín*, *San Francisco*, *Santo Domingo*, *Satanás*, *Carne* y *Mundo*. Los tres santos cristianos son los iconos de las órdenes religiosas más activas ya entonces por América.

“*Tañen las trompetas y entran los Indios*”, dice la única acotación, tras presentar el reparto de “*Interlocutores*”, los susodichos. *Cacique* toma en primer lugar la palabra:

*Los indios occidentales
y estos caciques venimos
a tus cortes triumphales
a quexarnos delos males
y agrauios que recibimos
Que en el mundo no tenemos
rey ni roque que eche aparte
las rauias que padecemos
y por tanto a ti queremos
muerte dar quexa del arte*

Así comienza *Cacique* presentando como de su misma condición al menos a otro de los *indios* del grupo, seguramente el que, cuando luego intervenga, será identificado como *Otro Indio*, sin más. Estamos por tanto y con todo ante una representación de máximo nivel de *indios occidentales* por gobernantes propios. Ambos *caciques* asumen que *India* se denomina su tierra ante esta *Corte de la Muerte*. A

* Publicado el 4 de enero de 2009.

ella acuden, como *Cacique* manifiesta, a falta de otra jurisdicción accesible, monárquica o no. Y desde el mismísimo inicio el propósito de la comparecencia se anuncia sin tapujos. Se trata de denunciar *males, agravios y rabias*, lo que se formaliza ante esa jurisdicción de nivel igualmente superior, nada menos que de la *Muerte*. Los motivos de la denuncia se exponen acto seguido sin circunloquios ni eufemismos. El tribunal, se entiende, se encuentra bien informado al menos del contexto en el que se suceden los atropellos.

*[C]omo auras oydo y visto
seguimos ya la doctrina
y la escuela y disciplina
del maestro jesu christo*

El detalle de la profesión de fe no se debe tan sólo al protocolo. Se insistirá en el mismo con toda la fuerza dialéctica que confería a la denuncia de los *males, agravios y rabias*. Según se desarrolla el discurso de *Cacique* ante *Muerte*, resulta que el haberse hecho cristianos es lo que les ha conducido a la peor de las condiciones, a un estado impensable con anterioridad. El cambio padecido se expone amplificándose el contraste.

*Ninguno nos perturuaua
de quantos en nuestras tierras
a pasado ni passaua
ni mataua ni robaua
ni hazia crudas guerras
y agora que ya cuytados
nos auiamos de ver
por solo tener los grados
de christiandad en tal ser
Perece que desafueros
omicidios fuegos brasas
casos atroçes y fieros
por estos negros dineros
nos llueuen en nuestras casas
O dios y que adversidades
son estas no entendeys esto
pagar con mil crueldades
todas las necesidades
del mundo di que es aquesto*

No sólo se trata de que “llueven”, como dice *Cacique*, ataques atroces, homicidios y destrucción sobre los *indios occidentales*, sino también de que se les somete a un ex-

polio sistemático tal y como si tuvieran que “pagar todas las necesidades del mundo” arrostrando con ello “mil crueldades”. Se tiene conciencia de que tal parece el caso.

*Como estamos obligados
que todo género humano
enriquezcamos cuitados
y tras ellos aperreados
y muertos de agena mano
No nos basta proveer
las miserias de parientes
las de hijos y muger
sino auer de sostener
las de todas estas gentes
(...)
Por ventura an acabado
todo el mundo despojar
que cosa no aya quedado
pues que con tanto cuidado
nos vayan alla a buscar*

No pareciera, en efecto, sino que a *la India*, la occidental, se hubiera llegado tras haber agotado riquezas de otros continentes para pasar ahora al expolio de las que ahí han sabido conservarse. Se llega al despojo incluso de materiales que se participarían sin resistencia por sus habitantes, como fuera fundamentalmente el caso del oro.

*Una cosa que le damos
de buena gana y en paz
porque alla no lo estimamos
en tanto ni reputamos
por causar males assaz
Que aunque la india es tenida
por simple cierto no yerra
en despreciarlo y lo olvida
que al fin es tierra cozida
en las venas de la tierra*

La mera “*tierra cocida en las venas de la tierra*” pierde a los invasores y más aún, por la invasión misma, a los invadidos. Las consecuencias se encuentran bien a la vista.

*Que campos no estan regados
con la sangre que a dios clama
de nuestros padres honrados
hijos, hermanos, criados
por robar hazienda y fama
que hija muger ni hermana
tenemos que no aya sido
mas que publica mundana
por esta gente tirana
que todo lo a corrompido
Para sacar los anillos
que dedos no se cortaron
que orejas para çarçillos
no rompieron con cuchillos
que braços no destroçaron
que vientres no traspasaron
las espadas con gran lloro
destos males que pensaron
que en los cuerpos sepultaron
nuestros indios su tesoro*

Súplanse los signos de interjección o, mejor, de interrogación que podían excusarse entonces, pues el texto se destinaba a la declamación dramática o a la lectura, no a solas y en silencio, sino en voz alta y con audiencia que no sabía leer. No hacía falta esta preparación para accederse a los textos. Pruebe a hacerse la lectura igual que entonces, elevándose la voz aunque no haya público presente: “¿Qué dedos no se cortaron? ¿Qué orejas para zarcillos no rompieron con cuchillos? ¿Qué brazos no destrozarón? ¿Qué vientres no traspasaron las espadas con gran lloro? De estos males, ¿qué pensaron? ¿Que en los cuerpos sepultaron nuestros indios sus tesoros?”. Y por ello los abrían en canal, como si se tratara de bestias inermes. Esta asimilación no es de mi cosecha, pues la realiza *Otro Indio*, el segundo *cacique* que comparece ante *Muerte*.

*Que ley diuina ni humana
permita tales molestias
que a una gente ques christiana
y que a dios sirue de gana
la carguen como alas bestias
Quien nunca tal vio mortales
me dezid que es compasión
que se siruan delos tales*

*como de unos animales
brutos, y sin mas razón*

Cacique abunda iniciando la conclusión de la *queja*. No parece que tenga palabras para calificar la serie de *males, agravios y rabias* padecidos y por padecer entre los *indios occidentales* “*por esta gente tirana que todo lo ha corrompido*”. No existía la voz de *genocidio* que, sin lugar a dudas, hubiera utilizado de tenerla. Cuenta con la de *carnicería* para referirse a lo que constituía no sólo una masacre consumada, sino bastante más e ininterrumpida.

*Que injuria o que villania
o que deshonorra o despecho
les auemos hecho oy dia
porque tal carniceria
hagan en nos como han hecho
Robamosles por ventura
sus campos sus heredades
sus mujeres, que locura
es esta y tal desventura
de tantas enemistades*

Suplamos signos y también expresiones en voz alta: *¿Qué mal les hemos hecho para que nos sometan a tamaña masacre? ¿Es que somos nosotros quienes les hemos expoliado a ellos? ¿Qué locura es ésta? ¿A qué vienen las hostilidades?*

El caso de genocidio está presentado. Se procede, sin embargo, ante un tribunal que no se muestra a la altura. Las respuestas de *Muerte, San Agustín, San Francisco, Santo Domingo, Satanás, Carne y Mundo*, de todos ellos, son tan decepcionantes que *Cacique* y *Otro Indio* enmudecen y no replican. Aunque se haya presentado a los personajes como *interlocutores*, interlocución no hay. Aquel orden procesal recibe la *queja* indígena sin permitir que entrase en diálogo o, aún menos, en polémica. Ni siquiera se da acceso a un proceso contradictorio. No hay disposición alguna a formalizar la querrela emplazándose a la parte imputada. Los jueces se muestran de parte de los cristianos, responsables de los *males, agravios y rabias*. Ni *Satanás* resulta exceptuado. A su modo, regodeándose, también revalida la situación dada.

*Como y piensan de estoruar
que las gentes no pasasen
alas indias a robar
y que negro pie de altar
cojeran si lo pensasen*

Al final, según el veredicto colegiado de esta *Corte de la Muerte*, la culpa se hace recaer en las propias víctimas, por vivir en tierras pródigas y por no contribuir a la moralización de quienes las invaden. *India* resulta responsable de los *males, pecados, reyertas y desventuras* de *Europa*. Es *Santo Domingo* quien redondea la retorsión.

*Di india porque mostraste
a europa esos tus metales
falsos con que la lleuaste
y después nos la embiaste
cargada de tantos males
No le vastauan las minas
de peccados que tenia
tan profundas y continuas
sino cargarla de espinas
con que mata cada dia
O india que diste puertas
alos miseros mortales
para males y rehiertas
indias que tienes abiertas
las gargantas infernales
india abismo de peccados
india rica de maldades
india de desventurados
india que con tus ducados
entraron las torpedades*

Estamos en suma ante un caso que no encontró un tribunal competente y apropiado en su tiempo ni lo ha tenido hasta el día de hoy. ¿Sólo queda definitivamente el recurso a la *Corte de la Muerte*, a esta última instancia de justicia sesgada e incapaz? ¿No hay posibilidad ninguna de debido juicio? Han transcurrido siglos. Los genocidas de entonces en América y sus mandantes por Europa hace tiempo que desaparecieron sin responder por sus *casos atroces*, como los calificó *Cacique*. ¿Sólo queda reconstruir la historia? ¿No hay ya más remedio que buena memoria y mala conciencia? ¿El mero transcurso del tiempo hace del todo imposible la rectificación y reparación de toda la sucesión de *males, agravios y rabias* testimoniada por *Cacique* y *Otro Indio*?

La respuesta a esta interrogante crucial es categóricamente negativa para el actual derecho internacional, pues el mismo tiene declarado que las responsabilidades por genocidio, por los de ayer como por los de hoy, son imprescriptibles. Responsabilidades penales no caben ya desde luego. Mas las responsabilidades patrimoniales permanecen recayendo en quienes por tracto de sucesión siguen

beneficiándose del inmenso expolio que se mantuvo por siglos, lo que está ante todo señalando hacia una Monarquía y hacia una Iglesia con sedes ambas en Europa.

No basta desde luego con la catarsis que escenifica arrepentimiento para dar por merecidos perdón y olvido. Tampoco es que unos gestos se prodiguen. ¿Cuándo se ha dado base ni excusa para amnistía ninguna? ¿Se les ha ofrecido siquiera alguna vez disculpas a los pueblos indígenas de América por los principales responsables del genocidio? Bien al contrario, late todavía un verdadero orgullo genocida en la cúspide y en los medios de una Monarquía y de una Iglesia. No es preciso que las nombremos para que se les identifique. Evidencia no es lo que falta. Por razón de vecindad presencié el alarde de 1992 en Sevilla. Y no se olvide que fue organizado por un gobierno de signo progresista con un entusiasmo sólo superado por la oposición conservadora. El neocolonialismo es políticamente de lo más transversal.

Lo importante a estas alturas es que las responsabilidades patrimoniales se afronten. Con los pueblos indígenas de América están en deuda monumental las gentes indígenas de Europa, se encuentren éstas hoy en Europa, por otros continentes o en la misma América.

Nota

Si se ha maliciado que los discursos de *Cacique y Otro Indio* en versos con resonancias, al día de hoy, cercanas de Neruda (“*tierra cozida / en las venas de la tierra*”) o distantes de Shakespeare (“*Que injuria o que villanía / o que deshonorra o despecho / les auemos hecho oy dia / porque tal carnicería / hagan en nos como han hecho*”) son superchería mía, agradezco el cumplido, pero he de declinarlo. Dichas *Cortes* fueron efectivamente impresas en Toledo a mediados del siglo XVI.

La edición príncipe es hoy rarísima, con un único ejemplar catalogado, el ejemplar de la Biblioteca Nacional de Madrid, R 12742. Otros registros del *Catálogo Colectivo del Patrimonio Bibliográfico Español* o de *WorldCat* en internet remiten ya al facsímil de 1964 que ahora diré, ya a microfilm. La obra no se reimprimió durante siglos, hasta 1950 en la *Biblioteca de Autores Españoles*, volumen 35, *Romancero y cancionero sagrados: Colección de poesías cristianas morales y divinas*. Una edición facsímil se hizo en Valencia en 1964. En 2002, Carlos A. Jáuregui singularizó la comparecencia indígena, que es la *Cena XIX* de las *Cortes dela Muerte*, para publicación por la Universidad Nacional Autónoma de México. Ahora Jáuregui edita el facsímil de la edición príncipe de dicha *Cena*, transcripción al castellano actual y traducción al inglés, esta última con la contribución de Mark Smith-Soto: *The Conquest on Trial: Carvajal's Complaint of the Indians in the Court of Death*, The Pennsylvania State University Press, 2008. El estudio del editor (pp. 1-50)

explica que el tal Carvajal, autor presunto conforme al poco fiable testimonio del joven intermediario, no acaba de estar bien identificado, por lo que es mejor no darle por acreditado. Parece que era natural de Extremadura, como Hernán Cortés o como Francisco Pizarro.

No creo que se haga la debida justicia a la *Cena XIX* de las *Cortes de la Muerte* convirtiéndola en eco de la *Destrucción delas Indias* de Bartolomé de las Casas, impresa cinco años antes en Sevilla (*The Conquest on Trial*, pp. 22-37: “*Las Casas Staged*”, *Las Casas* escenificado). Por lo demás, no se sabe qué escrito precediera a cuál. La publicación entonces tampoco pasaba necesariamente por la imprenta. Se copiaban manuscritos y se hacían representaciones. Había impresos tan sólo pensados para la representación o la declamación. Puestos a poner apodos, “*Carvajal Elaborated*” podría aplicársele a la *Destrucción* con el mismo fundamento, escaso si alguno, que “*Las Casas Staged*” al texto de marras. También estaría por ver qué tuvo entonces, no digo luego, mayor audiencia, si la *Cena XIX* de las *Cortes dela Muerte* o la *Destrucción delas Indias* de Bartolomé de las Casas, de bastante menor peso por entonces en el ámbito de la Monarquía Católica, la hispana, de lo que hoy se presume. Para ulteriores referencias a requisitorias endosadas a indígenas, véase el mismo C.A. Jáuregui, *Apetitos coloniales, salvajes críticos y razón de imperio en las Cortes de la Muerte (1557)*, en *Bulletin of the Comediantes*, 58.1, 2006, pp. 103-140, no en todo trasladado al estudio in-

tructorio de *The Conquest on Trial*. Son signos de un relativo estado de opinión en la parte colonial que hoy se empobrece o incluso se eclipsa de reducirse a lascasismo.

En sustancia, es cuestión no sólo de lo que se narra o testimonia, sino también de cómo se hace. El medio no es el mensaje, pero lo condiciona siempre. Aunque sea tan sólo por efecto de la dramatización, en *Carvajal* hay una remota voz indígena, mientras que en las Casas no hay más que la voz propia (de esto último me ocupó en la primera parte de *Genocidio y Justicia: La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002). Quienquiera que fuese el primero, ambos son, por supuesto, ventrílocuos. Fuera de quicio, ha llegado a tomarse la Cena XIX de *Carvajal* como manifestación de una genuina voz indígena, “Indians’ genuine plight” (Myriam Yvonne Jehenson y Peter N. Dunn, *The Utopian Nexus in Don Quixote*, Vanderbilt University Press, 2006, p. 127). No se sabe si entre los autos que se acostumbraban llegó a representarse en América, ni por qué actores ni con qué escenografía. Es cosa bien sabida que el medio concreto de la figuración dramática condiciona al máximo el mensaje.

Por increíble que parezca, hay ahora una corriente académica en América que, a modo de *Santo Domingo*, imputa el genocidio a las víctimas: Nicholas A. Robins, *Native Insurgencies and Genocidal Impulse in the Americas*, Indiana University Press, 2005; como coordinador junto a Adam Jones, *Genocide by the Oppressed: Subaltern Genocide in Theory and Practice*, de próxima publicación en la misma Universidad [publicado en 2009]. Fue en castellano, por imprentas de Bolivia hace algo más de una década, como este autor emprendió su cruzada, ahora crecida. Obsérvese la insinuación ascendente de sus títulos desde *Genocide and Millennialism in Upper Peru: The Great Rebellion of 1780-1782*, Praeger, 2002, donde ya tenía plenamente construida y elaborada la retorsión.

Para el derecho internacional sobre genocidio, permítaseme la remisión a obra propia: *Genocide or Ethnocide, 1933-2007: How to Make, Unmake and Re-make Law with Words*, Giuffrè, 2008. Para la estimación del montante de la deuda pendiente, hay investigación histórica, con clásicos como Earl Hamilton, Ramón Carande o Pierre Chaunu, que pueden echar una mano, aunque ésta no fuera en absoluto su intención. Si hablan de *deuda*, se refieren a la contraída en Europa contándose entre las garantías con el expolio americano sin contraprestación europea: R. Carande, *Carlos*

V y sus Banqueros, volumen 3, *Los Caminos del Oro y de la Plata (Deuda Exterior y Tesoros Ultramarinos)*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, 1967. Contrástese Patricia Seed, *American Pentimento: The Invention of Indians and the Pursuit of Riches*, University of Minnesota Press, 2001. La historiografía profesional europea y euroamericana siguen por lo general trabajando sobre la presunción supremacista de que la humanidad indígena de América carecía de derecho para oponerse a la invasión, controlar la inmigración y defender vidas y recursos, por lo que no hay cuestión. Para prueba de que la historia de la invasión, tras tanta literatura de parte, está por escribir, véase Matthew Restall y Florine Asselbergs, *Invading Guatemala: Spanish, Nahua, and Maya Accounts of the Conquest Wars*, The Pennsylvania State University Press, 2007, en la misma colección (*Latin American Originals*) que *The Conquest on Trial* de C.A. Jáuregui, la última edición de la *Cena XIX de Las Cortes de la Muerte*. Jáuregui encabeza su estudio introductorio con traducción de un pasaje de Walter Benjamin: “*Even the dead will not be safe from the enemy if he wins. And this enemy has not ceased to be victorious.*” Ni los muertos quedan a salvo del enemigo victorioso, y este es un enemigo que no ha cesado de vencer.

<http://www.scribd.com/doc/2257578/Las-cortes-de-la-Muerte> es sitio donde ahora se tiene a golpe de tecla en pantalla una edición completa, aunque no facsímil, con pie de Valencia, 2006, de las *Cortes de la Muerte alas quales vienen todos los estados y por via de representacion dan auiso a los vinientes y doctrina a los oyentes*, según el título que le adjudicó Luis Hurtado de Toledo, el joven un tanto dado a la adopción de obra ajena, lo cual entonces no se consideraba un acto de rapiña, pequeña en comparación al cabo, con el detalle además en el caso de mencionar a *Carvajal* desde su dedicatoria al rey, y cuya *Cena XIX* es la que nos ha interesado. La siguiente, la XX, representa la comparecencia de *judios, moros y un christiano portugués*, no hay que decir que igualmente sin voces genuinas o no ventrílocuos. El endoso aparentemente más cumplido figura en el colofón, tras la *Cena XXIII*, un poema “*en loor del auctor*”, Luis Hurtado de Toledo, y una protesta de fe católica: “*Aqui se acauan las Cortes de la Muerte que compuso Michael de Carauajal*”, bien que volviendo a añadir el director o *auctor* su nombre al del *compositor* por medio de conjunción copulativa, “*y Luys Hurtado de Toledo*”, sin modificar empero la conjugación en singular del verbo *componer*, dotado así de dos sujetos que no obraron al unísono.

Nación Camba, pueblos indígenas y derecho internacional en el Perú*

En *El Peruano. Diario Oficial*, un periódico “fundado en 1825 por el Libertador Simón Bolívar”, del sábado 27 de diciembre de 2008, “Año de las Cumbres Mundiales en el Perú”, según todo ello consta en el propio encabezamiento, se publica, dentro del capítulo del Poder Ejecutivo, en el apartado del Ministerio de Defensa, entre las páginas 386285 y 386288, el Decreto Supremo 024/2008-DE en el que se declara “de utilidad pública la inversión privada en actividades mineras y se autoriza a empresa minera a adquirir derechos dentro de los cincuenta kilómetros de zona de frontera”.

El primer considerando del decreto hace referencia –una referencia inexcusable dada la índole del asunto– a la norma constitucional: “El artículo 71 de la Constitución Política del Perú establece que, dentro de los cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir o poseer, por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido, y que se exceptúa el caso de utilidad pública, expresamente declarada por Decreto Supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a Ley” (la cita de la Constitución es literal aunque no se le entrecomille en el decreto). Las zonas fronterizas terrestres suelen ser en el Perú indígenas, pero a esto no dedica la medida ningún considerando en absoluto. El segundo ya se refiere a la particular cesión de derechos mineros en zona fronteriza a una empresa de la República Popular China, la Xiamen Zijin Tongguan Investment and Development Company Limited en concreto.

Desde la misma perspectiva constitucional, un considerando sobre el derecho indígena hubiera debido ser igual de obligado para este decreto. Según el artículo 89 de la Constitución las comunidades indígenas, “campesinas y nativas” según su lenguaje, son “autónomas en... la libre disposición de sus tierras”, cuya “propiedad” se declara además “imprescriptible”. Conforme al mismo derecho peruano (art. 66 constitucional: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento”), el derecho territorial indígena no se extiende a los yacimientos de minas, pero para acceder al subsuelo hay que atravesar el suelo y aún disponer de parte del mismo, lo cual, a la luz del citado artículo 89, no puede hacerse en el caso sin contar con las comunidades indígenas afectadas.

* Publicado el 4 de enero de 2009.

Hay más. El Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), tratado multilateral ratificado tanto por Perú como por todos los Estados con los que comparte fronteras (Ecuador, Colombia, Brasil, Bolivia y Chile), expresamente requiere que se consulte de buena fe a los pueblos afectados para alcanzarse un acuerdo o lograrse su consentimiento (art. 6), lo cual se subraya en especial para el caso precisamente de explotaciones mineras, añadiéndose entonces el derecho indígena a “participar, siempre que sea posible, en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado” de tales actividades, las mineras, desarrolladas en sus territorios (art. 15.2).

Esto se refuerza en el mismo Convenio 169 por el registro de un derecho indígena a las tierras en el sentido más amplio, se puntualiza, de territorios (art. 13.2). En principio, en consecuencia con esta amplitud del derecho territorial, es asimismo indígena el derecho a los recursos naturales, a su “utilización, administración y conservación” (art. 15.1). La especificación vista sobre minas se hace para el “caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo”, como en el Perú ocurre, según es usual por Latinoamérica. Fue frente a los pueblos indígenas que se formó desde temprano la pauta constitucional latinoamericana de asignación de los recursos al Estado. El Convenio 169 intenta así contrarrestarla.

Todavía hay más en el Convenio 169 que debería haber interesado a los considerandos del Decreto Supremo 024/2008-DE. He aquí su artículo 32: “Los gobiernos deberán tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural, espiritual y del medio ambiente”. Cuando hay a un lado y otro de las fronteras comunidades de un mismo pueblo o de pueblos culturalmente afines, este dato no puede ignorarse, a fin de no dañarse sus relaciones, a la hora de emprenderse actividades en esferas como la económica.

Tal es el caso en la concesión efectuada por el decreto en cuestión, el cual acepta así, sin mayor problema, la transnacionalidad empresarial distante al tiempo que ignora completamente la contigüidad transfronteriza indígena. La abreviatura DE que figura en la numeración de serie de dicha medida ya sabemos que significa Defensa, su Ministerio. Este nicho de la norma no es detalle indiferente. El contexto donde se le sitúa no es alguno que sea proclive a la cooperación con indígenas y comunicación entre indígenas, sino en el de la “defensa nacional” más bien inadecuado e incluso refractario con relación a la posibilidad de tomarse en cuenta derechos de comunidades y pueblos.

El contexto de una coyuntura política también ha de interesar. Durante buena parte del año 2008 el Gobierno del Perú ha aprovechado la habilitación para

poner expeditamente en práctica el Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos regulando mediante decreto una serie de sectores y recursos sin atenerse, por afectar a derechos indígenas, al procedimiento de consulta al que está obligado por el Convenio 169. La reacción indígena llevó a la anulación parlamentaria de algunos de los decretos que más claramente afectaban a derechos, no de todos ni mucho menos, y finalmente, a mediados del mes de octubre, a la caída del gobierno. El que le sucediera, que concitó ciertas esperanzas de cambio, ya se ve que no ceja.

El gobierno anterior se tambaleó con la oposición indígena a su política económica y recibió el golpe de gracia por la revelación de prácticas de corrupción en las concesiones a compañías transnacionales. No parece haber lecciones aprendidas para el gobierno peruano. Ahora recurre a decretos con nombre y apellido, como los de Xiamen Zijin Tongguan, haciendo alarde de la misma indiferencia, por no decir desprecio, para con los derechos indígenas. Sobre esos antecedentes más inmediatos, puedo remitir en este mismo blog a las entradas del 13 y del 17 de noviembre. Informaciones más cumplidas se tienen en *Servicios en Comunicación Intercultural Servindi* (<http://www.servindi.org>), inclusive una entrada que se titula *Perú: 2008, Balance de un año de violencia y esperanza*.

Invito a proseguir la lectura del periódico oficial, *El Peruano*, ya que lo tenemos entre las manos (o en línea: <http://www.elperuano.com.pe>, página “*Búsqueda de normas*” dando entrada a los números completos del boletín; *El Peruano* es hoy un diario ordinario de noticias y opiniones inextricablemente mezcladas, con el apéndice del boletín oficial, lo principal por supuesto). Armémonos de paciencia y leamos de corrido, como si de una narración entretenida se tratase, el mismo ejemplar del sábado 27 de diciembre de 2008 donde figura el decreto en cuestión, el Decreto Supremo 024/2008-DE. ¿Cuántas disposiciones no van a ir saliéndonos al paso que afectan a derechos indígenas y que habrían por supuesto de haberse adoptado mediante el procedimiento de consulta requerido explícitamente por el Convenio 169 e implícitamente, como hemos visto, por la misma Constitución peruana? Rearmémonos de paciencia y repasemos todo el número para comprobar dónde se hace por lo menos referencia, de cualquier tipo que fuese, a la presencia indígena. Ni modo.

Reparemos en la primera disposición del mismo capítulo del Poder Ejecutivo, la que precede al Decreto 024/2008-DE. Es otro Decreto Supremo, el decreto 086/2008-PCM, procedente, como la abreviatura indica, de la Presidencia del Consejo de Ministros, el cual se dedica a la declaración del año entrante, 2009, “*como el Año de la Unión Nacional frente a la Crisis Externa*”. Tal “*unión nacional*” el mismo decreto especifica que ha de entenderse ante todo con respecto a “*la empresa privada como principal fuente de inversión y desarrollo económico*”. Ni siquiera en ulterior lugar, aunque fuese postrero, se expresa algo, aunque fuera ínfimo, respecto a los pueblos y comunidades indígenas. Y nada por supuesto se dice sobre que hayan sido con-

sultados respecto al juego normativo de tan peculiar entendimiento, por otra parte poco o nada democrático o ni siquiera constitucional, de tal unidad constitutiva de la nación peruana. El actual presidente del Perú, Alan García, lo expresa de modo tan elocuente como brutal. En un sonado artículo de prensa de hace algo más de un año, tacha a la gente indígena y a quienes les secundan de perros del hortelano, de celosos guardianes de una naturaleza para cuya explotación constituyen entonces un estorbo. De aquí al puro genocidio media el mismo trecho que del dicho al hecho, no tan largo como se dice.

Y bien que normativamente juega dicha idea ahora cosmopolita, de la que al fin y al cabo es, por cuanto la nación criolla tradicional sigue dispuesta a prescindir de la presencia indígena. La prueba, si hiciera falta, viene a continuación en el mismo boletín oficial. La ofrece el susodicho Decreto Supremo 024/2008-DE. Una empresa foránea puede no sólo tomar precedencia, sino incluso desplazar a la ciudadanía peruana de la condición indígena. Imagínese que se intentara hacer lo propio por la parte indígena adoptando un modelo de nación sin consideración ninguna para la parte criolla, planteando entonces la organización política como naciones de pueblos cual el quechua, el aymara, el shuar, el awajún, el asháninka, el ticuna o el guaraní, o procediendo al establecimiento de confederaciones entre todos ellos, varias decenas, al margen y por encima de fronteras estatales, afectándose desde luego a todos los Estados que las comparten con el Perú, pues respecto a todos ellos existen pueblos transfronterizos. Hágase el pequeño esfuerzo de imaginación. No hace falta que sea un derroche.

La parte criolla reaccionaría duramente, de entrada, con el uso de la fuerza militar y a continuación con la aplicación judicial, mediante el debido proceso, de los códigos penales (Código Penal del Perú, art. 325: “*El que practica un acto dirigido a someter a la República, en todo o en parte, a la dominación extranjera o a hacer independiente una parte de la misma, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de quince años*” y tras cumplirse esta pena, art. 334, con la expatriación, si no es que se hubiera decidido aplicar la todavía más severa y bastante menos garantista legislación antiterrorista). El orden internacional que se dice ahora globalizado me temo que apoyaría a la parte segunda y no a la indígena, con la sola preocupación de que no se cometiesen excesos notorios en la reacción militar ni irregularidades flagrantes en la represión penal. A efectos operativos, la nación peruana es aún la patria del criollo.

La nación criolla se encuentra en el Perú ahora solapada, pero siempre operativa. En la vecina Bolivia, habiendo perdido el poder, se muestra agresiva con el nombre de nación *camba*. *Camba* es una palabra de origen bantú venida a América con la esclavitud y que pasó al español boliviano y andino a través del guaraní. Originalmente significa cuate o camarada. La nación que hoy en parte de Bolivia se llama *camba* es la latinoamericana no indígena, una nación transnacional que se improvisara durante la independencia no sólo frente a España, sino sobre todo

contra los pueblos indígenas. Sigue hoy operando con empeño y fuerza. Compruébese en el boletín peruano. Desde las primeras hasta las últimas páginas de todos y cada de sus números se conculca una y otra vez el compromiso tanto constitucional como internacional de reconocimiento y respeto a los derechos indígenas, un reconocimiento y un respeto que esta República del Perú ha renovado recientemente junto a todos los Estados latinoamericanos, salvo Colombia, con su público respaldo en la Asamblea General de Naciones Unidas a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Perú incluso se ha venido significando entre los mismos Estados latinoamericanos en este apoyo internacional.

Esto último, utilizado de modo artero, puede ofrecer hoy una buena cobertura para la política cambia. En el Perú se aprovecha como una verdadera coartada. Adviértase que, en todo caso, no se aprecian aquí cambios por efecto de caídas y subidas de gobierno, salvo el de suscitar esperanzas precisamente frustradas en su caso. Si extendemos la lectura de boletines peruanos en el tiempo hasta los años noventa, ni siquiera se detectarán alteraciones sustanciales en comparación con el régimen de Fujimori. En términos de comparación personal, criminal convicto y todo, Alberto Fujimori nunca diría lo del perro del hortelano con toda su implicación irresponsable de alimentar el impulso genocida arraigado en el Perú criollo o, dicho mejor, cambia.

Hace bien poco, en el último domingo de 2008, el afamado ciudadano peruano y español Mario Vargas Llosa publicaba en la cadena internacional de prensa donde tiene sindicadas colaboraciones periódicas un nuevo artículo escandalizado, a estas alturas, por la masacre colonial entre los siglos XIX y XX en el Congo belga ocultando siempre de un modo que no puede ser sino deliberado, pues tiene anunciada una novela sobre Roger Casement, el diplomático británico de nación irlandesa que contribuyó a la revelación de aquel genocidio y denunció también el de indígenas que por aquellos mismos años se producía con igual impunidad en la Amazonía peruana. Y no sólo se trata de que un peruano de nación vuelva la espalda a una patria. Bélgica ya no domina políticamente en el Congo mientras que en el Perú aún lo hace la nación cambia.

Como mejor escritor al menos que Alan García, si mejor pensador, no sabría decir, Vargas Llosa es un buen exponente intelectual de la nación cambia que no sólo se encuentra ni mucho menos en Bolivia o por otras latitudes latinoamericanas. Latinoamérica es su lugar, pero no por ello su recinto de clausura. Sin mezclarse con la inmigración indígena tal y como si fuera gente de nación distinta, también anda la nación cambia por Europa y por Norteamérica, predicando a distancia sobre su particular concepción de la democracia y las libertades o, según lo entiende desde su presunción supremacista, de la civilización. La nación cambia no sólo se define por unos intereses económicos socialmente desiguales, sino también por una men-

talidad transversal entre clases, la de signo supremacista, por no decir racista. Se empeña esta nación en no entender que procede de oleadas de invasiones frente a las cuales los pueblos indígenas no tienen por qué seguir cediendo en el derecho a sus culturas, territorios y recursos y que tienen derecho a la reparación por cuanto se les ha arrebatado. Así está ya prácticamente reconocido por el derecho internacional de los derechos humanos. No otra cosa asume la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Acerca de las retorsiones del derecho internacional de derechos humanos en lo que interesa a derechos de los pueblos indígenas por parte de esa nación transnacional e interclasista, la cambia, en el caso de Bolivia, puedo remitir a mi “Informe de visita a Santa Cruz, 30 de marzo a 6 de abril, 2008” en la carpeta de Documentos del blog (<http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2008/10/bolivia-visita-abril-2008.pdf>). Cuando he imaginado la reacción que se produciría frente al planteamiento de naciones netamente indígenas sin respeto de las fronteras, por ejemplo, entre el Perú y Bolivia, recordaba la titubeante, cuando no cómplice, actitud internacional ante la ofensiva cambia contra el gobierno boliviano que llevaría a un intento de golpe a mediados de septiembre de 2008. Hay que decir que hubo honrosas excepciones (Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas y más retardada otras, ya tras la evidencia del fracaso).

La República del Perú acaba de pasar, a finales de 2008, un par de exámenes internacionales con el término de referencia de los derechos. Uno lo ha atravesado por sí sola ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas pues le ha tocado el turno en el Examen Periódico Universal que han de pasar los Estados en materia de derechos humanos; al segundo le ha sometido, junto a los otros Estados que tienen ratificado el Convenio 169 en lo que respecta al mismo, la Comisión de Expertos sobre la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Ninguno de estos exámenes ha incidido seriamente en nada de lo que estamos constatando. Con la base de partida de informes oficiales de los Estados interesados y aún admitiéndose el contraste de informaciones de otras fuentes, la imagen resultante parece tan remota como lo está la sede de las instituciones revisoras internacionales.

En ninguno de estos mecanismos internacionales supervisores del respeto a derechos se les da participación directa a la parte indígena y esto a pesar de que tanto la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas como el Convenio 169 no hacen excepción al requerir consulta y consentimiento. No hay que decir desde luego que, no sólo por dar ejemplo, deberían ser los organismos internacionales los primeros en atenerse a sus propias normas. Y ambos mecanismos actúan en la ciudad de Ginebra sin plantearse el acercamiento al terreno para contrastar y depurar informaciones.

Por lo que interesa, en fin, al Decreto Supremo 024/2008-DE, no estamos, con todo, exactamente ante un nuevo fraude al Convenio 169 por parte de la nación cambia en el Perú, sino ante un episodio más de un fraude constante y patente, sistemático y empecinado, con lo que puede ser aún más llamativa la inoperancia de dichos concretos mecanismos internacionales de supervisión del atenuamiento de los Estados a derechos. En todo caso, no son esas instituciones las que van a ofrecer desde las alturas garantías efectivas a los derechos indígenas ni remedios justos frente a sus violaciones.

Las personas, las comunidades y los pueblos indígenas son, junto a las instituciones y organizaciones que les representen o que cuenten con su participación y sean sensibles a su impulso, los agentes que pueden contrarrestar y neutralizar políticas tan adversas a sus derechos como las del actual gobierno peruano o, por mejor decirlo una vez que el concepto está explicado, del gobierno cambia de la República del Perú.

Nota

“Poner en valor los recursos no utilizados. El síndrome del perro del hortelano”, es el artículo firmado por Alan García Pérez, Presidente de la República, tal y como se presenta. No se encontrará en el repaso de *El Peruano*. Se publicó por el diario *El Comercio* el domingo 28 de octubre de 2007, en la página a4 (<http://www.elcomercio.com.pe/EdicionImpresa/pdf/2007/10/28/ecop281007a4.pdf>). Los artículos de Mario Vargas Llosa son más fáciles de localizar *gugleando* por la red; el último es el referido del 28 de diciembre, día cristiano de los inocentes, esto es, si la historia del infanticidio en masa fuese cierta, de un genocidio. Resulta complementario del artículo de Alan García por la elaborada disimulación como alimenta una buena conciencia cambia que ha de conjurar efectivos genocidios. El artículo de Alan García no se anda en cambio por ramas fantasiosas ni con rodeos literarios. Es tan directo como franco.

He aquí su mensaje paladino: *“Hay millones de hectáreas (...) que las comunidades y asociaciones no han cultivado ni cultivarán. (...) [H]ay recursos sin uso que no son transables, que no reciben inversión y que no generan trabajo. Y todo ello por el tabú de ideologías superadas, por ociosidad, por indolencia o por la ley del perro del hortelano (...). El primer recurso es la Amazonía (...). [E]xisten verdaderas comunidades campesinas, pero también comunidades artificiales (...). [L]a demagogia y el engaño dicen que esas tierras no pueden tocarse porque son objetos sagrados y que esa organización comunal es la organización original del Perú (...). [D]e los recursos mineros en los que el Perú tiene la riqueza más grande del mundo (...), apenas la décima parte de esos recursos está en proceso de explotación, porque aquí todavía discutimos si la técnica minera destruye el medio ambiente, lo que es un tema del*

siglo pasado (...). [E]l viejo comunista anticapitalista del siglo XIX se disfrazó de proteccionista en el siglo XX y cambia otra vez de camiseta en el siglo XXI para ser medioambientalista (...). Y contra el petróleo, han creado la figura del nativo selvático ‘no conectado’, es decir, desconocido pero presumible, por lo que millones de hectáreas no deben ser exploradas, y el petróleo peruano debe quedarse bajo tierra (...). Así pues, cualquier peruano que mire a su alrededor verá cuánta riqueza existe que no está puesta en valor (...). Frente a la filosofía engañosa del perro del hortelano, la realidad nos dice que debemos poner en explotación los recursos que no utilizamos (...).”

¿Hace falta apostillar que referencia tan confiada a *cualquier peruano* está haciendo abstracción de la ciudadanía indígena? Y esa invocación no menos presuntuosa de *la realidad*, ¿no está eliminando del mapa tanto perspectivas como derechos? He ahí la *nación cambia* con su gramática sexista, su presunción etnocéntrica y su impulso genocida, virtualmente consumado respecto a pueblos en aislamiento voluntario al negarse poco menos que de plano su existencia. El artículo va ilustrado por un dibujo de trazo grueso de una figura de hombre, criollo nada pituco por más señas, de expresión meditabunda y perpleja, ante un plato vacío y un tenedor inútil, no pudiendo morder más que su propia mano, viéndose mar y no selva ni sierra por la ventana que se encuentra abierta de par en par a sus espaldas en una habitación de paredes tan desnudas y exánimes como los avíos de la comida. ¿Hace falta contrastar con el empleo maniqueo de la acusación de demagogia del que hace continuo alarde el artículo de marras, *“El síndrome del perro del hortelano”* o cómo *“Poner en valor los recursos no utilizados”*? Entre quienes piensan y actúan de este modo,

¿qué valor van a tener el Convenio 169 y la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas? El artículo no deja de invocar derechos, pero con el manido argumento de que lo primero es el derecho a la comida, al trabajo y a la seguridad neutralizándose todo el resto.

En *El Peruano* del mismo día 28 de octubre de 2007 y entre sus noticia de portada, encontramos este titular: “Del Castillo lanza estrategia Crecer en región Amazonas”. Amazonas es un departamento al septentrión del Perú, junto al más amazónico y más extenso de todos los departamentos peruanos, Loreto, que está también, como toda la zona, en el punto de mira de la consigna. Por estas latitudes, en el departamento de Piura, se ubica el área cedida a Xiamen Zijin Tongguan Investment and Development Company. Amazonas en definitiva, dentro como fuera del Perú, es cifra de más, bastante más, que un departamento o región. Quien lanzaba la estrategia de creced y multiplicaos, Jorge del Castillo, era a la sazón el presidente del Consejo de Ministros. Nada dice la noticia publicada en el periódico fundado por Simón Bolívar sobre que se hubiese evacuado con-

sulta alguna con los pueblos indígenas afectados por un crecimiento que suele conllevar, ante todo, la invasión de sus tierras por gentes que se creen con derecho poco menos, además, que irrestricto frente a sus habitantes. La iniciativa de su premier la avalaba Alan García en *El Comercio* de aquel día con la alta teoría de su conciencizado artículo de opinión. No parece casualidad la coincidencia de la publicación del artículo y del lanzamiento de la estrategia. Del Castillo encabezaba el equipo de gobierno que cayó estrepitosamente al cabo del año, en octubre de 2008.

En la portada de *El Comercio* de tal mismísimo día del lanzamiento de la estrategia de Jorge del Castillo y el artículo de respaldo de Alan García, el domingo 28 de octubre de 2007 como está dicho, una foto de amplio formato y a todo color anuncia una gran noticia: “Alan García gana carrera de 2 millones de dólares”. Gana tal millonada un caballo, el que figura en la foto y al que se le ha impuesto ese nombre de Alan García como homenaje, es de suponer, al descubridor del síndrome del perro del hortelano.

Ley frente a Constitución en el Ecuador: nueva Ley de Minería*

El Ecuador se ha dotado en 2008 de una flamante Constitución realmente comprometida con el reconocimiento y la garantía de los derechos y en particular de los derechos indígenas y asimilados (Título II, *Derechos*; capítulo cuarto, “*Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades*”). Ya en el año 2009, una de las primeras leyes aprobadas por la Asamblea Nacional establecida conforme a la nueva Constitución ha sido la Ley de Minería. La misma contempla dicha existencia de comunidades, pueblos y nacionalidades a los aparentes efectos de tenerseles en cuenta en el régimen de la minería, especialmente en cuanto a las concesiones mineras (capítulo tercero, “*De la Gestión Social y Participación de la Comunidad*”; artículo 90, “*Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos*”), pero de una forma todo ello que plantea serios problemas de fondo en relación con las previsiones constitucionales, naturalmente, de rango superior. Conviene que veamos y contrastemos lo uno y lo otro, la Constitución y la Ley. El contraste resulta suficientemente expresivo por sí mismo como para poder ahorrarnos mayores comentarios.

Comencemos, como debe ser, por la Constitución. He aquí su entrada en derechos indígenas: “*Se reconoce y garantizará a las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de conformidad con la Constitución y con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos, los siguientes derechos colectivos...*”, en cuya relación figuran, que puedan importar al asunto de la minería, el derecho de “*conservar la propiedad imprescriptible de sus tierras comunitarias, que serán inalienables, inembargables e indivisibles*”, el de “*participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables que se hallen en sus tierras*”, el de “*la consulta previa, libre e informada, dentro de un plazo razonable, sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente*”, el de “*participar en los beneficios que esos proyectos reporten*” y el de “*recibir indemnizaciones por los perjuicios sociales, culturales y ambientales que les causen*” (art. 57.4, 57.6 y 57.7).

“*La consulta previa, libre e informada*” es requisito para intervenir en territorios indígenas que directamente procede, incluso en su lenguaje, de normas internacionales, en concreto del Convenio de la Organización Internacional del

* Publicado el 11 de febrero de 2009.

Trabajo sobre Pueblos Indígenas, que el Ecuador tiene ratificado, y de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por la que Ecuador votó en la Asamblea Nacional de Naciones Unidas. No en vano el encabezamiento de dicho artículo 57 declara que reconoce derechos indígenas “*de conformidad... con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos*”. Aún más, la norma constitucional previamente ha proclamado que “*las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales*” y que “*los derechos y garantías establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales de derechos humanos serán de directa e inmediata aplicación por y ante cualquier servidora o servidor público, administrativo o judicial, de oficio o a petición de parte*” (arts. 10 y 11). De este modo los instrumentos internacionales de derechos humanos, como inequívocamente lo es la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, se incorporan con rango constitucional al ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Como “*instrumento internacional de derechos humanos*”, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está por sí misma, con esta recepción constitucional, vigente en el Ecuador por encima de las leyes y otras normas. A la hora de interpretar el alcance del capítulo cuarto del Título II de la Constitución, el de los “*Derechos de las Comunidades, Pueblos y Nacionalidades*”, dicha vigencia de rango superior ha de resultar clave. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas fundamenta la serie de derechos indígenas que se registra en su articulado, entre ellos el derecho al territorio y a los recursos, en el derecho de libre determinación que ante todo ha de materializarse en un sistema de autogobierno (arts. 3 y 4), en un régimen de autonomía al que también da cabida la Constitución del Ecuador (Título V). El requerimiento de “*consentimiento libre, previo e informado*”, según la expresión que la misma Declaración reitera para intervención en el territorio indígena y disposición de sus recursos (arts. 10, 11.2, 19, 28, 29.2 y 32.2), resulta tanto consecuencia como garantía de dicho derecho fundamental a la libre determinación de los respectivos pueblos, igual que de cualesquier otros pueblos de la humanidad.

La Constitución, como vemos, reconoce el derecho de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a “*participar en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos naturales renovables*” y el de “*la consulta previa, libre e informada... sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables*”. La misma Constitución posteriormente proclama que “*son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo...*” (art. 408). Este derecho de propiedad del Estado sobre recursos no superficiales viene así constitucionalmente precedido o, si se prefiere, flanqueado por el derecho de

las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas a la consulta y, conforme a la Declaración de Naciones Unidas, al consentimiento.

La Ley de Minería comienza en sus considerandos por basarse en exclusiva, sin referencia a los derechos concurrentes indígenas, en el artículo de la propiedad del Estado, el 408 citado. Esto no es óbice para que se preocupe por una participación de la ciudadanía, pero abordando este imperativo, que también es constitucional, sin atención específica al derecho de las comunidades: “*Corresponde al Ministerio Sectorial (de Minas y Petróleos) crear los Consejos Consultivos que permitan la participación ciudadana para la toma de decisiones en las políticas mineras*” (art. 7.1). Entre los primeros artículos de la ley no falta la reiteración del dominio del Estado como principio sin matices ni condicionamientos que valgan (art. 16), repitiendo literalmente expresiones constitucionales sin otra necesidad, pues de suyo no la habría, que la de solapar otros pasajes de la misma Constitución referentes también a la disposición de los recursos. La función de una repetición aparentemente gratuita es la de ocultar los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas y asimilados.

Hay más, bastante más, que afecta gravemente a derechos indígenas antes de que venga a contemplarse el pertinente derecho a la consulta. Bajo el rubro de libertad, la “*libertad de prospección*”, la Ley de Minería concede lo que puede resultar una verdadera patente de corso para la invasión de territorios indígenas: “*Toda persona natural o jurídica, nacional o extranjera, pública, mixta o privada, comunitarias, asociativas, familiares y de autogestión, excepto las que prohíbe la Constitución de la República y esta Ley, tienen la facultad de prospectar libremente, con el objeto de buscar sustancias minerales, salvo en áreas protegidas y las comprendidas dentro de los límites de concesiones mineras, en zonas urbanas, centros poblados, zonas arqueológicas, bienes declarados de utilidad pública y en las Áreas Mineras Especiales*” (art. 26). Con la misma Constitución en la mano y una vez que no se les menciona expresamente, será difícil entender que los territorios indígenas se encuentran entre los exentos de esa presunta patente de libertad.

Es a las concesiones mineras a las que se les refuerza, en cambio, la protección. Se hace potencialmente incluso contra las comunidades indígenas, aunque siga sin nombrárseles: “*Los que con el propósito de obtener provecho personal o de terceros, individual o colectivamente, invadan áreas mineras especiales, concesionadas y aquellas que tengan permisos artesanales, atentando contra los derechos del Estado o de los titulares de los derechos mineros, serán sancionados...*” de la manera nada leve que se especifica (art. 65). Hay previsión de estudios de impactos no sólo ambientales, sino también sociales (art. 78), pero en ningún momento se hace de forma específica respecto a la afectación de derechos indígenas. La misma previsión de impactos sociales se diluye por el énfasis en los de carácter exclusivamente ambiental con la compañía menos comprometida de la defensa del “*patrimonio cultural*” y de intereses de “*terceros*”, sin cualificación indígena en ningún momento (arts. 84 y 86).

En este contexto ya bien dibujado llega el capítulo dicho “*De la Gestión Social y Participación de la Comunidad*”, con una entrada que así tampoco hace distinción ninguna de los derechos de comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas, de estos sujetos que tienen derecho a la libre determinación y, por consiguiente, a la prestación, negociación o denegación de consentimiento libre, previo e informado. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas requiere de los Estados que actúen a todos estos efectos “*en consulta y cooperación con los pueblos indígenas*” (art. 38), pero el entendimiento de esta Ley no admite esa responsabilidad compartida: “*El Estado es responsable de ejecutar los procesos de participación y consulta social a través de las instituciones públicas que correspondan de acuerdo a los principios constitucionales y a la normativa vigente...*” (art. 87). Se excluye claramente a las corporaciones empresariales, pero también implícitamente a las comunidades y pueblos indígenas. La consulta queda en manos del Estado reservándose además el propio gobierno la última palabra a un nivel meramente ministerial: “*En el caso de que de un proceso de consulta resulte una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de desarrollar el proyecto será adoptada por resolución motivada del Ministerio Sectorial*”, el de Minas y Petróleos con sus motivaciones consiguientes (el mismo art. 87).

El escenario, así, se ha cerrado cuando se llega al artículo 90, el del “Procedimiento Especial de Consulta a los Pueblos”. Así reza por entero: “*Los procesos de participación ciudadana o consulta deberán considerar un procedimiento especial obligatorio a las comunidades, pueblos y nacionalidades, partiendo del principio de legitimidad y representatividad, a través de sus instituciones, para aquellos casos en que la exploración o la explotación minera se lleve a cabo en sus tierras ancestrales y cuando dichas labores puedan afectar sus intereses, de conformidad con el artículo 398 de la Constitución de la República*”. Obsérvese este último detalle. Cuando pudiera esperarse que la ley por fin se remitiera a los derechos de “*las comunidades, pueblos y nacionalidades*” indígenas registrados en el artículo 57 de la Constitución, de los que se han citado aquí los interesantes a territorio y recursos, la referencia se hace en cambio a “*sus intereses*”, en vez de a sus derechos, y a la consulta que los salvaguarde “*de conformidad con el artículo 398*” constitucional. ¿A qué viene este otro pasaje de la Constitución que aquí todavía ni siquiera ha comparecido? No lo ha hecho porque no se refiere de suyo a derechos indígenas sobre territorios y recursos. Hace referencia, pues es en esta sección donde se encuentra, a “*Naturaleza y Ambiente*”.

Júzguese lo que dispone dicho otro artículo de la Constitución, el 398: “*Toda decisión o autorización estatal que pueda afectar al ambiente deberá ser consultada a la comunidad, a la cual se informará amplia y oportunamente. El sujeto consultante será el Estado. La ley regulará la consulta previa, la participación ciudadana, los plazos, el sujeto consultado y los criterios de valoración y de objeción sobre la actividad sometida a consulta. El Estado valorará la opinión de la comunidad según los criterios*

establecidos en la ley y los instrumentos internacionales de derechos humanos. Si del referido proceso de consulta resulta una oposición mayoritaria de la comunidad respectiva, la decisión de ejecutar o no el proyecto será adoptada por resolución debidamente motivada de la instancia administrativa superior correspondiente de acuerdo con la ley". Nada de esto puede referirse a participación y consulta indígenas pues esto específicamente se contempla en el título principal de los *Derechos*, como se ha visto. Sin embargo, un artículo sobre participación ciudadana y comunitaria en términos generales se utiliza así por la Ley de Minería para eludir el relativo a derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. Con esto se hace también desaparecer cualquier conexión con el derecho internacional de los derechos humanos incorporado al ordenamiento jurídico ecuatoriano por obra de la Constitución.

Contemplada la Constitución y comparada la Ley, difícilmente cabe que el cambio entre artículos constitucionales, con ignorancia final del referente a derechos indígenas, sea producto de una inadvertencia o un error. Toda la lógica de la Ley de Minería conspira contra la toma en consideración de los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades indígenas. De hecho se les menciona, pero a sus derechos en rigor no se les permite hacer acto de comparecencia absolutamente a ningún efecto. Cuando ya resulta inevitable, en el momento de contemplarse la consulta, se efectúa el juego de prestidigitación definitivo. El derecho indígena primero se diluye y luego se escamotea. Si algo salta a la vista, es la mala fe en la comisión de un verdadero fraude de la Constitución, ya no digamos de derecho internacional de derechos humanos. Resulta tanto más grave por cuando a lo que afecta neurálgicamente es a esto, a derechos.

En cuanto interesa a comunidades y pueblos indígenas, la Constitución del Ecuador, una Constitución tan esperanzadora de cara a los derechos tanto indígenas como no indígenas, ha sido defraudada a la primera de cambio. Para las movilizaciones indígenas en curso, no será fácil conseguir que quienes son capaces de actuar de tal modo recojan velas y se atengan al orden constitucional recién estrenado. Del problema de fondo se ha hecho eco la misma Ley de marras frente a la Constitución: los intereses prevalecen sobre los derechos, los intereses no indígenas, incluso exteriores, sobre los derechos tanto indígenas como no indígenas. Defendiendo sus propios derechos, la movilización indígena está defendiendo los derechos de todas y todos los ciudadanos y ciudadanas del Ecuador. Defiende la Constitución que los reconoce y garantiza.

Impacto empresarial sobre pueblos indígenas*

El Observatorio de Multinacionales en América Latina (<http://www.omal.info>) y Paz con Dignidad-Asociación de Solidaridad, Derechos Humanos y Cooperación para el Desarrollo (<http://www.pazcondignidad.org>) han dado a la luz en diciembre de 2008 un estudio de la mayor utilidad: *Atlas de la Energía de América Latina y Caribe. Las inversiones de las multinacionales españolas y sus impactos económicos, sociales y ambientales* (http://www.omal.info/www/article.php?id_article=1843). El *Atlas* se presentó en el Foro Social Mundial de Belém, Pará, Brasil, a finales de enero.

Su valor es indudable. He aquí un informado panorama de la presencia de las empresas españolas en el sector energético de Latinoamérica y un incisivo análisis de sus impactos en los ámbitos económicos, sociales y ambientales o impactos, más concisamente, naturales y, en definitiva todos ellos, humanos, no dejándose de prestar atención a los efectos diferenciados sobre indígenas. Pues estimo que, aun con todo el esfuerzo desplegado y todo el resultado conseguido, hay problemas de procesamiento y evaluación de datos, quiero considerar la forma cómo se presta atención a los indígenas.

A lo largo de la puesta en evidencia de una actuación empresarial de carácter todavía o de nuevo colonial aparecen casos de actividades corporativas, no siempre necesariamente españolas, que afectan esencial y gravemente a comunidades y pueblos indígenas. Así van compareciendo en una primera parte del *Atlas* que se dedica al trazado del panorama: comunidades wayuu, barí y yukpas en Venezuela o la comunidad wayuu del Cerrejón en Colombia versus empresas mineras; diversas comunidades frente a construcciones de presas como la Chixoy en Guatemala, la de Urrá en Colombia, la de Itaipú en Brasil y la de Ralco en Chile; acoso y deterioro de los territorios del pueblo huaorani en el Ecuador, de los pueblos asháninka, ashuar machiguenga, yine y shipibo en el Perú, del pueblo guaraní en Bolivia, de las comunidades kaxipayiñ y paynemil del pueblo mapuche en Argentina, de los pueblos u'wa y guahibo en Colombia, etc.

Una segunda parte del *Atlas* presenta responsabilidades más específicas frente a comunidades y pueblos indígenas por parte de empresas españolas: las de Repsol YPF en Chile, Bolivia, Perú, Ecuador y Colombia; las de Iberdrola por Bolivia, Guatemala y México; las de Endesa por Chile, Colombia, Panamá y Gua-

* Publicado el 24 de febrero de 2009.

temala; las de Unión Fenosa por Colombia y Panamá; las de Pluspetrol, prácticamente hoy filial de Repsol YPF y líder del Consorcio Camisea, por Perú y Argentina... Los pueblos y comunidades indígenas afectados se intentan identificar por el *Atlas* particularmente cuando los impactos consumados o inminentes son o se auguran especialmente graves, cual sea el caso, por ejemplo, de los que gravitan sobre los pueblos ngöbe y kuna en Panamá por obras en curso de Endesa para el proyecto SIEPAC (Sistema de Interconexión Eléctrica para América Central). No se identifican, ni yo sabría hacerlo, la totalidad de comunidades y pueblos indígenas seriamente perjudicados ahora por el colonialismo económico español.

¿Cabría hacerse? Debería hacerse el intento en un *Atlas* de este tipo. La falta de celo al respecto constituye, a mi juicio, un indicio de los problemas que se arrastran en el procesamiento y el análisis de los datos por cuanto interesa a indígenas. En primer lugar, falta relieve, comenzando por el que el índice confiere, índice en el que no hay ningún registro indígena. El de la segunda parte, la que se dedica a responsabilidades específicas de las empresas españolas, consiste en la secuencia de los Estados latinoamericanos. Respecto a cada uno se hace un repaso de empresas y cuestiones, las cuestiones de "*Principales impactos*", con epígrafes ulteriores como estos: "*Sobre derechos humanos*", "*Sobre los derechos laborales y sindicales*", "*Sobre los derechos económicos y sociales*", "*Sobre el medio ambiente*", a veces "*Sobre el medio ambiente y las poblaciones indígenas*", mientras que en otras aparece esto último como rubro distinto: "*Sobre los pueblos indígenas*". Cuando estos pueblos no figuran en el epígrafe, suelen considerarse, no en el de derechos humanos, sino en el de medio ambiente.

Considérese la lógica subyacente, no otra que la que suele contenerse en la usual expresión de "*impactos ambientales y culturales*", entendiéndose en lo segundo los que aquejan a comunidades indígenas, como si sólo se afectase a sus culturas, no a sus territorios y recursos, y como si ello fuese secundario respecto al efecto sobre el medio o como si se incluyese en una misma dimensión del daño directo y específico a la naturaleza más que a la humanidad. Hay por supuesto otras formas de considerar una presencia humana como la indígena. La que resulta más apropiada desde la perspectiva de los derechos se refleja también, aunque incidentalmente, en este *Atlas*. He aquí una cita de lo más interesante al propósito: "*se está pasando por alto el Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos para decidir sobre su territorio y sus recursos naturales*", refiriéndose a indígenas (p. 116). La consecuencia con esta observación hubiera requerido la agregación de datos, así como también la confección de gráficos y mapas, no sólo por Estados o en su caso por actividades o por empresas, sino también y sobre todo, junto a los Estados, por Pueblos, los indígenas, así identificándoseles y significándoseles.

No se trata de una mejor desagregación dentro de cada Estado o respecto a cada empresa, como tampoco de sustituir una agregación por otra, la de Estados por la de Pueblos. La de Estados guarda sentido también en cuanto interesa a los

pueblos indígenas. El acoso se acomete y la depredación se comete por las empresas no sólo por sí mismas, sino también por la cooperación, el respaldo, la complicidad, el encubrimiento, la receptación, la habilitación o la acción directa en beneficio empresarial por parte y obra de los Estados. Los pueblos se encuentran en condiciones muy diversificadas de cara a las empresas según la legislación, la jurisprudencia y las políticas del Estado en suerte. A esto no deja de haber referencias en el *Atlas*, pero no es asunto que se aborde sistemáticamente con la debida distinción y de forma analítica. El índice tampoco lo facilita. Parece, con todo, que hubiera procedido una doble agregación de datos, por Estados y por Pueblos, cuyo mismo cruce habría conducido al tratamiento más completo de las políticas públicas en relación con las formas perniciosas de introducirse y actuar las empresas privadas en medios indígenas.

Naturalmente, el problema no es el de que se emprendan proyectos como el referido del SPIAC y tantos otros ni el de que participen en ellos empresas foráneas, sino el de que todo esto se haga sin respeto a la presencia indígena y atropellándose sus derechos, comenzándose por el de libre determinación y prosiguiéndose por el de la exigencia de contarse con su consentimiento libre, previo e informado, conforme a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El *Atlas*, que registra este extremo de la libre determinación como hemos visto, no deja de contener alguna referencia a sucedáneos: “*A pesar de la imagen verde que proyecta en sus anuncios y en su política de Responsabilidad Social Corporativa (...), no ha respetado (Iberdrola) los derechos territoriales de los pueblos indígenas*” (p. 62).

Si las empresas partiesen del respeto a los derechos humanos y, con ello, conforme al actual derecho internacional, a los derechos de los pueblos indígenas, abandonando de este modo coartadas tan reiteradas como la de que el derecho internacional de los derechos humanos concierne sólo a los Estados, ¿qué otra *responsabilidad social corporativa* iba a hacerles falta? ¿Qué mejor código de conducta podrían tener? De adoptarse, la presencia española en América podría por fin dejar de ser colonial y llegaría a hacerse innecesario un *Atlas* de este tenor fundadamente denunciatorio.

Enredo normativo y derechos indígenas en el Perú*

En el Perú, un par de congresistas acaban de anunciar que el Congreso se dispone a hacerse cargo nada menos que de una hazaña nomofiláctica, esto es del discernimiento entre decenas de miles leyes para desenmarañar la madeja separando el grano de las que siguen en vigor de la paja de las que ya no se aplican aunque nunca hayan sido formalmente derogadas por el poder legislativo. No se entiende bien por qué no basta la labor profiláctica cotidiana, caso a caso, de otro poder constitucional, el judicial, y de la sociedad misma. Si hay leyes que no se aplican, ¿qué necesidad hay de derogarlas? Mejor sería comprometerse en el desenredo de marañas normativas reales, como la que ahora se tiene en el Perú con los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas.

Volvamos a la lectura de *El Peruano*, el diario oficial del Perú. El 28 de junio de 2008 se publicó en sus páginas el decreto legislativo –disposición del Gobierno con valor de ley– número 1089, uno más de la serie que viene forzosamente acogándose a la habilitación extraordinaria recibida del Congreso para “*facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú–Estados Unidos*”. Este decreto “*establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales*”. Se plantea sobre la base de que “*la propiedad informal*”, la no titulada, corresponde al Estado y de que, si se formaliza, es por concesión gratuita de su parte. El decreto afecta, aunque se cuide de manifestarlo, a las tierras de comunidades indígenas que no estén todavía registradas. En su caso, surte un efecto expropiatorio previo a la concesión o incluso definitivo de no producirse la misma. Para el Estado, sin registro no hay derecho y el derecho sobre tierras de “*propiedad informal*” sólo se adquiere mediante concesión.

El mismo día se publica el decreto legislativo 1064, “*que aprueba el régimen jurídico para el aprovechamiento de las tierras de uso agrario*” ocupándose expresamente, este sí, de tierras indígenas. No remedia dicho efecto de denegación de derecho indígena si no ha sido concedido por el Estado. Sus pronunciamientos de respeto por la integridad de las propiedades comunitarias se efectúan sobre el supuesto del reconocimiento, la demarcación y el registro “*conforme a la legislación de la materia*” sin referencia a derecho propio indígena. Tampoco la hay al compromiso internacional del Perú de consultar con las comunidades indígenas para la realización de tal género de operaciones, compromiso contraído mediante

* Publicado el 4 de marzo de 2009.

la ratificación del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169). Ignorando siempre dicha obligación de consulta, el decreto somete a las tierras indígenas a pesadas servidumbres (art. 8.1.III: “*servidumbres de libre paso de oleoductos, gaseoductos, mineroductos, instalaciones para la exploración y explotación minera y petrolera, instalaciones para el servicio público de telecomunicaciones, líneas de transmisión de energía...*”, etc.).

Ocho meses antes, el 22 de octubre de 2007, el Gobierno había presentado al Congreso el proyecto de ley 1770, “*que establece el régimen temporal extraordinario de formalización y titulación de predios rurales, comunidades campesinas y comunidades nativas*”. No es casualidad por supuesto la coincidencia de título de aquellas medidas con este proyecto. Responde a la copia del contenido. ¿Ha acabado un proyecto de ley en dos decretos como si la materia no hubiera constitucionalmente de debatirse y aprobarse en el Congreso? No exactamente, pues la tramitación de la ley ha proseguido su curso, encontrándose con unas objeciones parlamentarias que ya de por sí alcanzan por supuesto también a los decretos. Y se formulan igualmente contra estos.

El 10 de diciembre de 2008 la Comisión Agraria del Congreso presentó su dictamen sobre el proyecto de ley. Se excusa en realidad de hacerlo, como veremos, pero contiene referencias del máximo interés al efecto. La Comisión toma nota de las objeciones que se han presentado por organizaciones sindicales e indígenas, así como también por la Defensoría del Pueblo. La Confederación Campesina del Perú alegó que el proyecto “*parte de la informalidad de la propiedad de tierras comunales, tanto campesinas como nativas*”, cuando, en rigor, “*es difícil referir a la propiedad informal*” el caso de las comunidades indígenas “*por estar amparadas en el derecho consuetudinario*”, el derecho propio que tanto el proyecto como los decretos ignoran. Lo propio argumenta la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana: “*No son aplicable(s) a la propiedad comunal... conceptos como adjudicación gratuita*” pues “*la propiedad de las tierras comunales es ancestral, no requiriendo título del Estado*”.

La Defensoría del Pueblo había presentado su informe el 19 de mayo, planteando como primer punto el de la necesidad de consulta a las comunidades indígenas conforme al Convenio 169 y a un principio democrático, “*como parte de la cultura del diálogo que debe primar en la gestión del Estado para el fortalecimiento de la gobernabilidad democrática*”, “*con la finalidad que los pueblos indígenas participen en la gestión del Estado y puedan ver que éste garantiza sus propias opciones de desarrollo*”. Prosigue afirmando la existencia del derecho territorial indígena con independencia del reconocimiento por el Estado: “*El Derecho a la tierra protegido por el Convenio nº 169 no sólo alcanza a las tierras sobre las cuales las comunidades campesinas o nativas ya tienen título de propiedad, sino también a las tierras que tradicionalmente ocupan*”. La Defensoría del Pueblo tampoco deja de señalar

que, mediante este tipo de medidas, puede acabar “*produciéndose en los hechos una expropiación que no se ajusta al procedimiento establecido en la Constitución*”. No es además un asunto meramente de propiedad territorial, pues pueden afectarse verdaderos derechos fundamentales, como “*el derecho a la identidad cultural*”: “*A través de la tierra se afianzan los lazos de identidad y cohesión social al interior de la comunidad*”.

Por su parte, finalmente, el susodicho día de diciembre, la Comisión Agraria del Congreso aprueba “*por unanimidad de los presentes la No Aprobación del Proyecto*”, pero no por atender dichas alegaciones, sino por otro tipo de argumento. Razona que “*habiéndose legislado sobre la presente iniciativa legislativa*” mediante decretos como los referidos “*no corresponde a esta Comisión emitir dictamen por sustracción de la materia*”, ordenando con esto el archivo. Ni aprueba lo no aprobado por ley ni desaprueba lo aprobado por decretos. Otras comisiones se han pronunciado en estos últimos meses sobre el asunto de marras. La Comisión de Vivienda y Construcción del Congreso no se salió en cambio por la tangente, acusando inconstitucionalidad en el proyecto por contravención flagrante de un tratado firmado por el Perú, el Convenio 169 naturalmente.

La Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos, Afroperuano, Ambiente y Ecología del Congreso nombró, para la elucidación del asunto, una Comisión Asesora fundamentalmente formada por representantes de la sociedad civil. Su dictamen del pasado noviembre acerca de los decretos 1064 y 1089 los rechaza por no respetar el derecho a la consulta de las comunidades indígenas conforme al artículo 6 del Convenio 169 y tampoco, se agrega, el derecho al consentimiento libre, previo e informado del artículo 19 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: “*Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*”. La Comisión Consultiva terminantemente recomienda la derogación de esos decretos.

En virtud de un acuerdo con organizaciones indígenas, a mediados de septiembre se había constituido en el propio Congreso una Comisión Especial Multipartidaria para dirimir el problema de la serie de decretos lesivos de derechos indígenas, producidos al amparo forzado de la susodicha habilitación para facilitar la puesta en práctica del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos. En el dictamen correspondiente, respecto al decreto 1089 esta Comisión aprecia que no sólo contraviene el Convenio 169, sino que también vulnera directamente la Constitución, en concreto su reconocimiento de propiedad comunal y de “*la identidad cultural de las comunidades campesinas y nativas*” (art. 89).

La recomendación que desde la Comisión Multipartidaria se dirige a la Comisión de Constitución y Reglamento del propio Congreso es que considere la derogación de toda la serie de recientes decretos que afectan a derechos indíge-

nas “*por ser contrarios al orden constitucional referido a las comunidades campesinas y nativas, así como al derecho a la identidad étnica y cultural, y a la aplicación e interpretación de tratados*” suscritos por el Perú. Al Consejo de Ministros se le recomienda “*observar y respetar los derechos colectivos e individuales de los miembros de los pueblos indígenas del Perú, conforme a lo dispuesto en la Constitución y en el Convenio 169*”.

La Comisión de Expertos (y Expertas) en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo se ha pronunciado sobre estas cuestiones en el informe que dirige a Perú a finales de 2008 y que se acaba de hacer público en febrero. Frente a los procedimientos que se vienen siguiendo para la elaboración de proyectos de ley y la emisión de decretos y frente también a su contenido coincidente, la Comisión expresa su preocupación e “*insta al Gobierno a avanzar, inmediatamente, con la participación de los pueblos indígenas, en el diseño de mecanismos apropiados de participación y consulta*”; “*lo exhorta a consultar a los pueblos indígenas antes de la adopción*” de tales medidas.

El Gobierno de la República del Perú viene últimamente dando muestras de auténtico empecinamiento en unas políticas que están de continuo atropellando los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas. Pese tanto al derecho internacional como al derecho constitucional, no da, de momento, muestras de atender recomendaciones ni del Congreso de la República ni de la Organización Internacional del Trabajo. ¿Se avecina un desencuentro constitucional y una desautorización internacional?

Hay algo mucho más serio y urgente, un conflicto de políticas con derechos, de las actuales políticas peruanas con los derechos de los pueblos indígenas. Ahí radica el problema de este enredo normativo. La salida está clara. No es cuestión embrollada para que la desenrede el Congreso. Ni lo es oscura para que la diluciden constitucionalistas ni internacionalistas. Es cuestión cristalina para que la hagan valer pueblos y comunidades. Y esto antes de que el Congreso meta al Convenio 169 entre las normas que no se aplican.

Ecuador: problemática tipificación del genocidio*

El proyecto de ley de Tipificación del Delito de Etnocidio reformativo del Código Penal, presentado en la Asamblea Nacional del Ecuador el 26 de enero, ha sido modificado sustancialmente a su paso por la Comisión Especializada de lo Civil y Penal de la Comisión Legislativa y de Fiscalización y posteriormente por ésta misma, cuyo dictamen final se ha suscrito el 4 de marzo. Se ha adaptado ante todo el proyecto a la tipificación del delito de genocidio por el derecho internacional (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, art. 2; Estatuto de la Corte Tribunal Penal Internacional, art. 6) y se han ampliado además sus supuestos, lo que reviste ciertamente importancia, pero que también, por la forma como se hace, provoca serios problemas.

Las mejoras de entrada del proyecto final respecto al inicial son realmente sensibles. Ha desaparecido toda traza de las expresiones racistas que motivaban el primer proyecto (*“los Pueblos en Aislamiento Voluntario son reducidas y primitivas comunidades de indígenas que datan de la edad de piedra...”*), y se ha eliminado la posibilidad de aprovechamiento expedito de la tipificación del etnocidio para permitirlo legalmente, como ocurría con aquel otro proyecto: *“Se exceptúan (del supuesto de etnocidio) los casos de contacto libre y voluntario promovido por las personas que, perteneciendo a los pueblos en aislamiento voluntario, conscientemente desearan integrarse a la sociedad nacional”*. Realmente, estamos ante un proyecto distinto.

Según este proyecto, el acordado en Comisión que ahora se titula *Ley Reformativa al Código Penal que tipifica el Delito de Genocidio*, incurre en tal tipo delictivo *“el que, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso”, ya “ocasionare la muerte de sus miembros”, ya “ocasionare lesión grave a (su) integridad física o mental”, ya “sometiere intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial”, ya “tomare medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo”, ya “traslad(ar) e por la fuerza a niños y niñas del grupo a otro grupo”, ya “irrespetare la autodeterminación de estos grupos y (su) voluntad de permanecer en aislamiento”, ya “realizare actos tendientes a influir, alterar, o de cualquier manera cambiar la cultura, forma de vida o identidad de los pueblos no contactados”*.

Los supuestos claramente añadidos al derecho internacional son los dos últimos, comprensivos de lo que usualmente se denomina *etnocidio* y referidos

* Publicado el 7 de marzo de 2009.

solamente a los pueblos en aislamiento voluntario, conforme esto al mandato de la Constitución en el párrafo segundo del numeral 21 del artículo 57: “*Los territorios de los pueblos en aislamiento voluntario son de posesión ancestral irreductible e intangible, y en ellos estará vedada todo tipo de actividad extractiva. El Estado adoptará medidas para garantizar sus vidas, hacer respetar su autodeterminación y voluntad de permanecer en aislamiento, y precautelar la observancia de sus derechos. La violación de estos derechos constituirá delito de etnocidio, que será tipificado por la ley*”. Hela aquí.

Vayamos por partes. El Ecuador tiene ratificados tanto el Convenio sobre el Genocidio de Naciones Unidas como el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Ha sido diligente signatario de ambos instrumentos, en 1949 y en 2001 respectivamente. Tras la última ratificación, se formalizó un proyecto de ley sobre Delitos contra la Humanidad que no prosperó. Ahora se afronta de nuevo el compromiso. Viene dando muestras el Ecuador de su voluntad de atenderlo. Se ha negado por ejemplo a suscribir con los Estados Unidos el Acuerdo de Inmunidad respecto a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional que esta potencia trata de imponer allá por donde tiene tropas o agentes. Llega la hora de la verdad de traducir todo esto, más el mandato constitucional, en una ley propia de la República del Ecuador.

El Ecuador está obligado a asumir la tipificación internacional del delito de genocidio, lo que se recoge efectivamente en la serie referida de supuestos del proyecto final de ley, salvo por los dos últimos, los cuales serían a su vez los requeridos por la Constitución. Mas la cuestión es que la forma como se efectúa la reunión de ambos imperativos, el internacional y el constitucional, en un solo tipo penal genera ya de por sí un grave problema de drástica restricción del delito con nuevo incumplimiento del compromiso internacional y ahora, además, por lo que parece resultar, no tiene por qué ser una interferencia constitucional. Veamos.

La adición de los dos últimos supuestos se refiere a los pueblos indígenas libres en aislamiento voluntario introduciéndose la referencia de una forma que se proyecta sobre el conjunto del artículo: “*irrespetare la autodeterminación de estos grupos...*”, como si todo lo anterior se estuviera también tan sólo refiriendo al determinado caso de dichos pueblos, pues previamente, en el propio artículo no han sido los mismos definidos ni de otra forma diferenciados. No tiene sentido comenzar refiriéndose ampliamente, conforme al derecho internacional, a “*grupo nacional, étnico, racial o religioso*” para acabar limitándose así en todo a “*estos grupos*”, los libres en aislamiento, como si sólo respecto a ellos cupiera la comisión del delito en cuestión.

El planteamiento ha de ser menos equívoco, sin cabida ninguna para la duda. En lo que interesa a los pueblos indígenas, la prevención y sanción del genocidio ha de proteger, por supuesto, la existencia de todos ellos. La Constitución del Ecuador, al referirse al *etnocidio* de los pueblos en aislamiento voluntario no puede estar restringiendo ni, desde luego, el concepto de etnocidio ni, aún menos, el

de genocidio. El mandato constitucional de una ley sólo para los pueblos en aislamiento voluntario está atendiendo una urgencia, no delimitando un delito. Otra interpretación supondría la permisibilidad de etnocidio o incluso de genocidio frente a otros pueblos indígenas, esto es, a la situación que ha sido usual no sólo en el Ecuador, sino en todas las Américas.

La distinción entre *genocidio* y *etnocidio* no es por cierto nada nítida, pero encierra un sentido. Dado que la tipificación internacional del *genocidio* se ciñe en lo fundamental, aunque no en exclusiva, al exterminio físico, el concepto de *etnocidio* se ha sumado para significarse la destrucción de culturas con análogo efecto de desaparición total o parcial de pueblos. La Constitución del Ecuador, al acoger el segundo concepto, no puede en caso alguno estar excluyendo el primero o tampoco restringiéndolo. Está asumiendo el que tiene un sentido más amplio y así también de esta forma reforzando la categoría más estrecha. Por la ratificación de instrumentos internacionales ya había asumido la tipificación del genocidio. Hace falta efectivamente una agregación que el proyecto final de ley lleva a cabo de un modo equívoco.

Problemas de restricción del tipo delictivo puede también acarrear la forma de referirse al sujeto del mismo delito: “*El que con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo...*”. Debe evitarse por supuesto el empleo del masculino cuando cabe perfectamente el uso de “*quien*” o “*quienes*”, pero hay más. ¿Se aplica dicha descripción a los supuestos usuales de etnocidio o incluso genocidio por efecto de políticas públicas y corporativas o empresariales? Pueden las mismas perfectamente alegar que su propósito es el de un desarrollo económico que desafortunadamente trae lamentables daños colaterales para comunidades indígenas. Y lo propio cabe decir, esto es que su propósito no es producir perjuicios a nadie sino todo lo contrario, de las actividades turísticas, de las intrusiones científicas, del proselitismo religioso e incluso de las intervenciones humanitarias con efectos etnocidas.

Piénsese en otra posible descripción del sujeto: “*Quienes participaren, con conciencia de que puede producirse la desaparición total o parcial de grupos humanos como tales, en actividades que...*”, etc. La definición del delito no puede por supuesto ser objetiva, sin referencia alguna a conocimiento o constancia, pero hay una gran diferencia entre el propósito de producir un efecto y la conciencia de que pueda darse. Sólo esto segundo cubre los etnocidios usuales. Cuando la Constitución está refiriéndose a *etnocidio* respecto a pueblos en aislamiento voluntario emite el mensaje de que no sólo se trata de evitar la masacre, sino también de vedar actividades lesivas para la vida conforme a la propia cultura en el propio territorio de los pueblos o comunidades en cuestión. Si se introduce el delito de *etnocidio* como un plus sobre el de *genocidio*, tal protección penal debe cubrir a todos los pueblos indígenas y no venir a debilitarla incluso en lo que se refiere al genocidio, ya tipificado por el derecho internacional.

La tipificación internacional del delito del genocidio es notoriamente insuficiente. El Estatuto de la Corte Penal Internacional no ha venido a corregir las deficiencias al respecto de la Convención sobre el Genocidio. Que una Constitución y una ley vengan a ocuparse del asunto en el Ecuador debiera entonces servir para sumar y no para restar, esto es en el caso para ampliar la protección penal de los pueblos indígenas, de todos ellos, y no para reducirla.

Nota

Por ley de 27 de abril de 2009, se agregaron estos artículos al Código Penal del Ecuador: “*Quien, con propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, perpetre alguno de los siguientes actos, será sancionado: 1. Quien ocasionare la muerte de sus miembros, será sancionado con pena de reclusión mayor especial de dieciséis a veinticinco años. 2. Quien ocasionare lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años. 3. Quien sometiere intencionalmente al grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física total o parcial, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años. 4. Quien tomare medidas destinadas a impedir nacimientos en el seno del grupo será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años. La información o acceso a métodos de planificación familiar, métodos anticonceptivos y servicios de salud sexual y reproductiva, no se considerarán medidas destinadas a impedir nacimientos. 5. Quien tra-*

slade por la fuerza a niños y niñas del grupo a otro grupo, será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de seis a nueve años”; “Quien irrespetare la autodeterminación de un grupo nacional, étnico, racial o religioso, o su voluntad de permanecer en aislamiento voluntario, incurrirá en delito de etnocidio y será sancionado con pena de reclusión menor ordinaria de tres a seis años”; “Quien realizare, con conciencia de que puede producirse la desaparición total o parcial de grupos humanos, actividades tendientes a influir, alterar, o de cualquier manera cambiar la cultura, forma de vida o identidad de los pueblos en aislamiento voluntario, será sancionado con pena de prisión de dos a cuatro años”; “El hecho de que las infracciones tipificadas en este capítulo hayan sido cometidas por un subordinado, no eximirá de responsabilidad penal al superior que la ordenó ni al subordinado que la ejecutó. En todos estos casos, la tentativa será sancionada con la mitad de la pena prevista para el delito consumado”; “Las acciones y las penas por los delitos de los que trata este capítulo serán imprescriptibles”.

Chile: reforma constitucional cancelatoria de derechos indígenas*

Por impulso de la Presidencia de la República, con carácter de suma urgencia y a puerta cerrada, la Comisión de Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento del Senado de la República de Chile ha estado debatiendo durante el mes de enero un proyecto de reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas a tal nivel fundamental para el Estado que ha venido resistiéndose a todo trance incluso al mero registro de dicha presencia humana. Ahora se hace el dictamen público con amplia motivación y con un texto ya articulado. La sorpresa está garantizada. Lo primero que reconoce el proyecto de reforma constitucional de reconocimiento de los pueblos indígenas no es precisamente a estos, sino a “*la Nación chilena*” como “una, indivisible y multicultural”; lo segundo que reconoce tampoco es a los pueblos indígenas como sujetos políticos, sino a los mismos como mero dato de presencia en Chile sin mayor relevancia jurídica y solo a sus comunidades y personas como sujetos, de derechos: “*El Estado reconoce la existencia de los pueblos indígenas que habitan su territorio y el derecho de sus comunidades, organizaciones e integrantes*”.

En la propia motivación del dictamen saltan ya las sorpresas. En el proyecto actual se refunden algunas iniciativas que, junto a la iniciativa presidencial, venían moviéndose en las cámaras legislativas para salirse, en el fondo, al paso de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) y, más particularmente, para impedirse que el recién ratificado Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independiente (Convenio 169) pueda convertirse en caballo de Troya de dicha Declaración. Se produjeron protestas y también comparencias ante la susodicha Comisión contra tales iniciativas. Pues bien, para el actual dictamen, dichas reacciones se registran como prueba del “*cumplimiento de la obligación de consulta establecida en el Artículo 6 del Convenio 169 de la OIT*”. Dicho artículo requiere “*consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados, a través de sus instituciones representativas*” y “*de buena fe*”, todo lo cual evidentemente no es el caso. No es una comisión parlamentaria la que puede garantizar el cumplimiento del Convenio 169 y además, como en el caso, contra toda evidencia.

En su repaso de los antecedentes normativos del actual proyecto de reforma constitucional, el dictamen reitera un peculiar entendimiento del valor del Con-

* Publicado el 8 de marzo de 2009.

venio 169 que ya se había manifestado en el propio Senado cuando se debatió la ratificación. Según dicho entendimiento, sus *“preceptos no podrán contravenir la legislación nacional ni el régimen de garantías constitucionales”*. Esta supeditación de un tratado multilateral a la ley doméstica contraviene flagrantemente el derecho internacional sobre tratados. Que el derecho indígena a la tierra y al agua ha de ser reconocido por ley y consiguientemente supeditado a ella es algo que se repite a lo largo de todo el dictamen. Al hacerse referencia al instrumento de la OIT, también se atenta contra su lenguaje al evitar la denominación de *pueblos*. El Convenio 169, se nos explica, *“fija normas especiales aplicables a las etnias”*. Ni constituyen un derecho *especial* ni se refieren a *etnias*. Con lo de especialidad quiere establecerse un carácter de excepción por el que habría de interpretarse y aplicarse restrictivamente. Y basta leer el citado artículo sexto del Convenio 169 para apreciarse que sujetos de un derecho a ser consultados son los pueblos indígenas, estos pueblos a los que este proyecto de reforma constitucional niega lisa y llanamente la condición de sujetos de derechos.

A la doctrina contraria al derecho internacional que sienta el dictamen rinde buenos servicios la jurisprudencia del Tribunal Constitucional provocada durante el proceso de ratificación del Convenio 169 a los mismos efectos preventivos. He aquí pronunciamientos de dicha jurisdicción que no dejan ahora de registrarse: *“La expresión pueblos indígenas debe ser considerada en el ámbito de dicho tratado, como un conjunto de personas o grupos de personas de un país que poseen en común características culturales propias, que no se encuentran dotadas de potestades públicas y que tienen y tendrán derecho a participar y a ser consultadas, en materias que les conciernan, con estricta sujeción a la Ley Suprema del respectivo Estado de cuya población forman parte. Ellos no constituyen un ente colectivo autónomo entre los individuos y el Estado”*. Es una posición definitivamente inconsistente tras la adopción de la DDPI por las Naciones Unidas. A la propia luz del Convenio 169 y del derecho internacional sobre tratados no se sostiene en forma alguna. El Tribunal Constitucional llegó a sentar regla tan abiertamente contraria a tal derecho en general y a tal tratado en particular como que la obligación de consulta a los pueblos indígenas no es vinculante.

El sometimiento de los derechos indígenas a ley tiene a su vez un límite para esta reforma, límite no precisamente favorable a los pueblos y comunidades indígenas. La limitación deriva de que, no habiendo reconocimiento de derecho de valor propiamente internacional y constitucional, la posición indígena queda siempre a disposición de la ley misma, la ley del Estado se entiende siempre. En este proyecto de reforma el caso es el del derecho indígena a las aguas de sus territorios, un derecho que ya estaba reconocido por ley y que ahora intenta limitar la reforma constitucional.

En el mismo dictamen se nos informa de que *“el artículo 64 de la ley N° 19.253 (la Ley Indígena) protege especialmente las aguas de las comunidades aim-*

ras y atacameñas y considera bienes de propiedad y uso de la Comunidad Indígena establecida por esa ley las aguas que se encuentren en los terrenos de la comunidad, tales como los ríos, canales, acequias y vertientes”, lo que literalmente reproduce en efecto el artículo 64 de dicha ley. Pues bien, esto es lo que dispone al efecto el actual proyecto de reforma constitucional: “La ley protege la propiedad sobre las tierras de las personas y comunidades indígenas y sus derechos de aprovechamiento de aguas conforme a lo establecido en la Constitución y las leyes”. De forma totalmente intencionada se habla de *propiedad* de tierras y de *derechos de aprovechamiento* de aguas para cancelar el reconocimiento de la propiedad de éstas por parte de la Ley Indígena. Se arguye que ni el Código Civil ni el Código de Aguas permiten la propiedad particular sobre las aguas. Entre leyes, la reforma opta por la más desfavorable a los indígenas. Y al derecho de los pueblos y comunidades indígenas ningún valor así se le reconoce frente al poder normativo del Estado.

El pueblo indígena como tal no es aquí estrictamente sujeto de derecho alguno. Se elude incluso la expresión de derecho consuetudinario como derecho de pueblo indígena no sólo para supeditársele siempre a ley, sino también para evitarse que el mismo se considere sujeto ni político ni jurídico. Esto es exactamente lo que dice al respecto el proyecto de reforma: “Los pueblos indígenas podrán organizar su vida de acuerdo a sus costumbres, siempre que ello no contravenga la Constitución y las leyes”. Contrástese la disposición del Convenio 169 tras referirse al *derecho consuetudinario* de los pueblos indígenas: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos”. El encuadramiento en el *sistema jurídico nacional* sólo procede en la medida y parte en que el mismo contiene *derechos fundamentales*. Y el *derecho* no es sólo a *costumbres*, sino también a *instituciones propias*.

La motivación del dictamen es paladina: “La frase que alude a las comunidades, organizaciones e integrantes deja en claro que son estos los sujetos de derechos, pues los pueblos en cuanto tales no detentan tal calidad”. Queda de verdad realmente claro. La reforma constitucional que en teoría viene a reconocer de una vez en Chile a los pueblos indígenas intenta aprovecharse para impedir que los mismos tengan derechos y también para cancelar de paso algún derecho tan importante como el de la propiedad comunitaria sobre las aguas.

Jurisprudencia constitucional contra derechos de pueblos en el Perú*

“Toda persona tiene derecho a su identidad étnica y cultural”, declara la Constitución del Perú (art. 2.19). No hace mucho, en el año 2000, una mera resolución del PROMUDEH, el Ministerio del Promoción de la Mujer y del Desarrollo Humano (y de Asuntos Indígenas también), exponía el alcance de ese pronunciamiento constitucional: “Tal derecho (a la identidad étnica) comprende: a. El derecho a decidir sobre su propio desarrollo. b. El respeto a sus formas de organización. c. El derecho a ser escuchados y consultados en forma previa a toda acción o medida que se adopte y que pueda afectarles. d. El derecho a participar en la formulación, diseño, ejecución, monitoreo y evaluación de los planes, programas y proyectos de desarrollo nacional, regional o local que pueda afectarles”.

Ahora, en una sentencia del pasado 19 de febrero, el Tribunal Constitucional (TC), con todo el peso de su autoridad, recoge y hace suya dicha interpretación. El caso toca a una zona del Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera* por razón de los daños a la naturaleza que provoca la acción en curso de empresas extractivas beneficiándose de concesiones del Gobierno. La sentencia del TC ordena la interrupción por el momento de las respectivas actividades de exploración y explotación de recursos. Procediendo a concesiones como las del caso, el Gobierno peruano está actualmente ignorando todos y cada uno de los elementos, todas y cada una de las dimensiones, de tal derecho indígena –étnico para el PROMUDEH y el TC– a la identidad cultural.

Sin embargo, el caso en cuestión no hacía referencia en origen a derechos indígenas. Se planteó frente a empresas extractivas en defensa del medio ambiente en general y de los recursos acuíferos en particular. Es el propio Tribunal Constitucional el que, advertido por el PROMUDEH de la existencia de comunidades indígenas en la zona, se extiende a la consideración de sus derechos: *Este Tribunal estima pertinente pronunciarse, de manera tangencial, sobre la temática relativa a los pueblos indígenas*”. El pronunciamiento se dice que es de carácter incidental porque la demanda no alega derechos indígenas, sino sólo defensa del medio ambiente.

Por dicha misma razón, el fallo o resolución final ampara sólo recursos naturales y no derechos indígenas. El TC puede entender que ha de atenerse a responder a lo que se le plantea. Lo importante en el caso es que su argumentación

* Publicado el 16 de marzo de 2009.

se extienda a tales derechos, sentando doctrina vinculante para el Gobierno. Otra cosa es que el gobierno actual, igual que notoriamente desatiende sus compromisos internacionales sobre derechos indígenas, haga otro tanto con las obligaciones constitucionales. Y también es otra cosa cómo el propio TC entienda lo que sean los derechos indígenas y sus sujetos, unos pueblos. A este respecto también se presentan problemas.

Entre las obligaciones internacionales y las constitucionales hay clara confluencia en el caso del Perú por tener ratificado el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169). En este tratado internacional expresamente se basa el referido entendimiento del derecho constitucional a la “*identidad étnica y cultural*”. El TC no deja de tomar en cuenta, junto a los derechos registrados en la Constitución, las obligaciones contraídas por el Estado al haber ratificado el Convenio 169, pero con la doctrina que despliega en la sentencia sobre el caso *Cordillera Escalera* no contribuye a la vinculación y articulación entre lo uno y lo otro, entre el orden constitucional y el orden internacional, por cuanto interesa a los pueblos indígenas y sus derechos. Más bien lo que resulta es lo contrario. El TC contribuye ahora a poner trabas a la aplicación interna del derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas en el Perú.

La Constitución reconoce derechos de “*las comunidades*” (arts. 89 y 149). Al TC le consta que, tras la ratificación del Convenio 169, los sujetos de esos derechos son además y ante todo los pueblos. La de *pueblos* es también la denominación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la que el TC igualmente recurre. Pero el TC evita denominarles de este modo. Cuando se refiere a derechos supracomunitarios, habla de “*derechos de etnias*”, “*grupos étnicos*” o incluso “*minorías étnicas*” y no de derechos de *pueblos*.

Como constitucionalmente hace derivar los derechos de los pueblos indígenas del derecho a “*la identidad étnica*”, el TC aprovecha para adoptar esa denominación de *etnias* para los sujetos respectivos de derechos. Una de las pocas veces que, por estar refiriéndose al Convenio 169, hace uso esta sentencia constitucional del otro nombre, el de *pueblos*, dice que lo emplea cual “*término utilizado en el Derecho internacional*”, tal y como si dicho mismo Convenio no constituyera, por virtud de la ratificación, derecho interno peruano. Cuando se pronuncia directamente sobre el valor del Convenio 169, el TC dice otra cosa: que con la ratificación “*su contenido pasa a ser parte del Derecho nacional*” y esto además, conforme a la propia Constitución, con “*rango constitucional*”. Hay, de hecho, leyes peruanas que ya han adoptado la denominación de *pueblos*, pero el TC se empeña en introducir en su lugar el apelativo de *etnias*.

¿A qué viene tamaña ocurrencia a estas alturas? Mírese al contexto marcado por el propio derecho internacional. Desde septiembre de 2007 la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI) ha

potenciado como sujetos de derechos a tales pueblos. El uso jurisprudencial de esta denominación de *pueblos* favorece por supuesto la recepción de ese crucial instrumento internacional. Que en cambio se le evite resulta una forma de eludir el compromiso. Que un órgano jurisprudencial venga ahora a decir *etnias* en vez de *pueblos* no puede responder sino al intento de interponer impedimentos al desarrollo último del derecho internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas.

Adviértase que el TC no tenía necesidad de tratar de los derechos indígenas en esta sentencia y que lo hace para decir algo que no necesita ser dicho si no es porque lo requiera el caso y para aplicarlo, pues lo que se dice en sustancia es que el Convenio 169 vincula al Gobierno, algo que no depende del pronunciamiento del TC, sino del derecho internacional mismo. Y se ocupa el TC innecesariamente del asunto para forzar el susodicho cambio de lenguaje obstaculizador, si no impeditivo, de derechos estrictos de pueblos. La OIT viene instando al Perú a que regularice su forma de referirse colectivamente a indígenas para que pueda facilitarse la articulación entre las disposiciones respectivas del Convenio 169 y de la Constitución peruana. El TC responde con una vuelta pronunciada de tuerca en el enredo de los nombres.

Hay más en la doctrina constitucional peruana que afecta negativamente a pueblos indígenas. La misma ha construido un concepto de *Constitución Ecológica* que, pues se trata de medio ambiente, aplica a este caso, el de *Cordillera Escalera*. La construcción se sustenta en los artículos 66 a 69 de la Constitución (esto es tít. III, “*Del Régimen Económico*”, cap. II, “*Del ambiente y los recursos naturales*”), con sus principios de atribución de los recursos naturales a la Nación peruana y del endoso consiguiente de la soberanía sobre los mismos al Estado peruano, al que se le confía la correspondiente competencia en solitario con la obligación de proteger la biodiversidad más el encargo especial de promover “*el desarrollo sostenible de la Amazonía*”. La Constitución especifica en su artículo 66 que la soberanía del Estado sobre los recursos naturales puede ejercerse mediante “*otorgamiento a particulares*”, por medio de “*concesión que otorga un derecho real*”. De derechos existentes no se dice nada. En esta serie de artículos, la Constitución peruana no hace efectivamente la más mínima referencia ni siquiera a la presencia indígena. Pues bien, el TC también la ignora en el momento de construir esa categoría de *Constitución Ecológica* determinando tanto derechos como obligaciones del Estado peruano. El pilar en el que la misma se sustenta es el de la disposición prácticamente discrecional del Estado sobre los recursos.

Esa construcción jurisprudencial de la *Constitución Ecológica* efectuada sobre una parte de la Constitución sin tomar en cuenta otras, como la que se refiere a derechos indígenas, es la interpretación constitucional que permite el continuo atropello de derechos indígenas por parte del Gobierno y

de las empresas extractivas agraciadas con concesiones para la exploración y explotación de recursos. La debilitación paralela de la posición jurídica de los pueblos indígenas al tratarles como *etnias* redondea la operación contra los mismos. El silencio sobre los derechos indígenas en la resolución del caso *Cordillera Escalera* responde a algo más que al debido atenuamiento a la demanda.

La sentencia constitucional viene en suma a estorbar, pues intenta realmente impedir, la efectividad en el Perú de los derechos de los pueblos indígenas ya reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos. El resto resulta doctrina innecesaria a la vista del Convenio 169 y contraproducente a la luz de la DDPI. Alguna utilidad puede, en todo caso, presentar por razón de que la posición actual del Gobierno contraviene no sólo a la DDPI, sino también al Convenio 169.

Sea tan sólo bienvenida entonces la sentencia del caso *Cordillera Escalera* por cuanto afirma el valor del Convenio 169 y así reafirma el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados para que puedan hacer ver y valer sus propios modelos de desarrollo. Es de esperar que el TC mantenga con congruencia y firmeza la posición cuando se encuentre ante casos de defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

Nota

Un blog peruano, tras calificar la sentencia como “*transcendental*”, la critica por atropellar “*derechos adquiridos*”, entendiendo que tales son los de las empresas que recibieron concesiones con anterioridad a la creación del Área de Conservación Regional *Cordillera Escalera* (2005), como si no hubiera indígenas y como si no les correspondieran derechos además indisputablemente previos a cualesquier otros, inclusive los del Estado. Así, dándoles para el derecho por inexistentes, se comete el genocidio virtual que es premisa, cuando menos, del etnocidio efectivo, lo cual no puede decirse de la totalidad de la sentencia constitucional, aunque sí, por lo que deduzco de la misma, de la demanda ambientalista y también de la construcción jurisprudencial de la

Constitución Ecológica. El caso encima se exagera intencionalmente al dictaminarse que se conculcan *derechos adquiridos* de las empresas, pues el TC no ha cancelado las concesiones, sino que tan sólo las ha suspendido hasta que cumplan condiciones entre las que no se especifica en la hora de la verdad de la resolución que deba incluirse la consulta indígena. Verse para creerse: el blog en cuestión se presenta como de *Derecho Ambiental*. Entre protestas de tal signo ambientalista y con el mismo silencio clamoroso sobre los derechos indígenas en *Cordillera Escalera*, la entera Sociedad Peruana de Derecho Ambiental lo que defiende son los *derechos adquiridos* de las empresas incluso cuando, como con claridad en el caso, son puestos constitucionalmente en evidencia.

El Salvador: malos recuerdos y buenas noticias*

*Todos nacimos medio muertos en 1932
Sobrevivimos pero medio vivos
Cada uno con una cuenta de treinta mil muertos enteros
Que se puso a engordar sus intereses
Sus réditos
Y que hoy alcanza para untar de muerte a los que siguen
Naciendo
Medio muertos
Medio vivos.
Todos nacimos medio muertos en 1932.
Ser salvadoreño es ser medio muerto
Eso que se mueve
Es la mitad de la vida que nos dejaron.
Y como todos somos medio muertos
Los asesinos presumen no solamente de estar totalmente vivos
Sino también de ser inmortales.
Pero ellos también están medio muertos
Y sólo vivos a medias.*

Ha comenzado a dejar de poder presumirse la inmortalidad a medias en El Salvador gracias a los resultados electorales del 15 de marzo de 2009. Los versos pertenecen al poema *Todos* de Roque Dalton. 1932, a finales de enero, es la fecha del genocidio que produjo treinta mil cadáveres indígenas y un terror que movió a quienes escaparon con vida a hacerse invisibles abandonando el uso público de sus lenguas y cualquier otro signo de identificación como el de la indumentaria característica. Además de todo esto, eliminó en efecto una mitad de cada salvadoreño superviviente, indígena o no. Es la mitad que comienza a resucitar.

La fórmula presidencial vencedora en las elecciones del pasado domingo contrae mediante su Programa de Gobierno una serie de compromisos perentorios con los pueblos, las comunidades y las personas indígenas. El principal sin duda es el que se refiere al principal instrumento de Naciones Unidas sobre los respectivos derechos. Helo literalmente: “*Se respetarán los principios establecidos*

* Publicado el 18 de marzo de 2009.

en la Declaración Universal de los Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas. Se promoverá que esta Declaración se eleve a ley de la República”. El compromiso se sitúa en el contexto de incorporación indígena a la nación salvadoreña bien que siempre con el debido respeto al derecho internacional: “Se estimulará la participación de los pueblos indígenas en la construcción de marcos jurídicos nacionales que les garanticen sus derechos colectivos, en consonancia con los convenios internacionales” y, según se ha dicho, igualmente con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Reconciliación es también voz que ha utilizado y con la que se ha comprometido la fórmula presidencial vencedora en las elecciones. Constituye un objetivo legítimo y necesario tras la cruenta historia salvadoreña a lo largo del siglo XX. Implica una disposición a la moderación y la transacción. Sin embargo, la reconciliación no puede lograrse a costa de derechos y menos de los derechos de quienes más han sufrido atropellos desde 1932. La reconciliación requiere justicia, la justicia ante todo debida a las víctimas del genocidio. Todavía, previsiblemente por poco tiempo, se mantienen con vida testigos. Y vive la descendencia que hubo de recurrir a la invisibilidad y ahora puede recuperar presencia pública con dotación de derechos.

Así prosigue y concluye el poema *Todos* de Roque Dalton:

*Unámonos medio muertos que somos la patria
Para hijos suyos podernos llamar
En nombre de los asesinados
Unámonos contra los asesinos de todos
Contra los asesinos de los muertos y los mediomuertos.
Todos juntos
Tenemos más muerte que aquellos
Pero todos juntos
Tenemos más vida que ellos.
La todopoderosa unión de nuestras medias vidas
De las medias vidas de todos los que nacimos medio
Muertos
En 1932.*

Naciones Unidas contra pueblos indígenas en Chile*

El Sistema de Naciones Unidas en Chile, el también llamado Equipo País o grupo coordinado de las agencias naciounidenses que operan sobre el terreno, tiene suscrito con el Gobierno de Chile un Marco de Asistencia para el periodo 2007-2010 marcándose un objetivo bien definido, el de “*la reducción de las iniquidades económicas, sociales, demográficas, de género, territoriales y étnicas*”, con este último adjetivo que elude de entrada la mención de los pueblos indígenas. Viene seguido por otro Marco de Acuerdo para el periodo 2008-2010 que se presenta como de “*Apoyo a la Política Indígena de Chile*”, tampoco así de apoyo exactamente a los pueblos indígenas pese a que entre uno y otro marco se sitúa su reconocimiento internacional, en septiembre de 2007, por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (DDPI). Al menos ya se les menciona desde un primer momento. El Marco 2008-2010 comienza proclamando que se dirige “*a apoyar el desarrollo de las políticas orientadas a los Pueblos Indígenas en Chile*”. Obsérvese el cuidado con el que se está evitando la referencia a estos pueblos como algo más que meros objetos pasivos de políticas.

De sus derechos sin embargo se trata e incluso se habla. El Marco específico, el segundo, prosigue su presentación como instrumento de impulso a “*los avances en el reconocimiento de los pueblos indígenas en Chile, especialmente con la aprobación del Convenio 169 de la OIT*”, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, pero esto no a los efectos de hacer valer y poner en práctica los derechos ahí consignados, sino a los “*de favorecer la instalación y operación de espacios de diálogo y construcción de acuerdos entre los diferentes actores involucrados*”. El asunto en cuestión no se atiene a derechos, sino que se reduce a política. Vuelvo a recordar, pues el dato es básico para entender la operación, que este Marco específico se plantea tras la adopción de la DDPI por la Asamblea General de Naciones Unidas. Su Sistema en Chile sigue su propia dinámica.

A tenor del mismo Marco, la dinámica no la imprime exactamente el Sistema de Naciones Unidas en el país, sino el Gobierno de Chile. Hay en el Marco específico momentos de pura propaganda chilena que no reflejan en absoluto la realidad de cómo ha intentado ratificarse y cómo está queriendo ponerse en práctica el mismo Convenio 169, con el empeño nada oculto por parte del Gobierno

* Publicado el 28 de marzo de 2009.

de evitar que sea en Chile un instrumento de derecho accionable ante la justicia. El Senado está actualmente debatiendo una reforma constitucional impulsada por el Gobierno que, con la excusa del reconocimiento de los pueblos indígenas, realmente los cancela descendiendo a detalles como el de suprimir el derecho indígena al agua reconocido incluso por la propia legislación chilena. El Sistema de Naciones Unidas en Chile no sólo guarda silencio, sino que, por todos los visos, entiende que así se está culminando el reconocimiento de unos derechos. En otro caso, no hubiera firmado o habría denunciado el Acuerdo Marco.

Júzguese el panorama de ficción que se dibuja en este Marco, el específico: *“La nueva política del Gobierno de Chile tiene su origen en la constatación de que el país ha experimentado avances significativos en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, en la creación de condiciones y ambientes institucionales favorables para que ellos puedan ser ejercidos y en el mejoramiento de la calidad de vida de los pueblos indígenas; pese a lo cual persisten algunas situaciones de conflicto que limitan la posibilidad de profundizar esos avances”*. Este último es el punto que marca la intención.

Se trata de dar por logrado el reconocimiento de derechos indígenas por parte de Chile y de entender que sólo quedan los residuos de *“algunas situaciones de conflicto”*, las cuales ya no serían responsabilidad exclusiva o ni siquiera principal del Gobierno de Chile y a cuya resolución el Sistema de Naciones Unidas en Chile se apresta a contribuir. A la vista no sólo de las políticas gubernamentales, sino también de las posiciones del Congreso en el referido debate de una reforma constitucional y, por si faltara algo, de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que expresamente ha negado el carácter normativo del Convenio 169, la caracterización de la situación no puede ser más sesgada y la definición del objetivo más manipulada.

Siga juzgándose sobre los propósitos que se le atribuyen al Gobierno por el Marco específico mereciendo con ello el apoyo de Naciones Unidas: *“Asumir la problemática indígena en términos de reconocimiento, representación y participación; responder con eficacia y oportunidad a las demandas a nivel, nacional, regional y local; incrementar la pertinencia y eficacia de las políticas públicas; responder a las demandas de los pueblos indígenas por tierras y territorios; generar procesos de desarrollo integral, sostenible y sustentables, con identidad; asumir y dar respuestas eficaces a las necesidades y demandas de la población indígena urbana; reconocer la diversidad y especificidad de los pueblos indígenas de Chile, respondiendo a sus problemáticas específicas con instrumentos de política que den cuenta de sus singularidades”*.

Palabras, palabras, palabras, pues, a la vista de los hechos, se trata efectivamente de confundir para manipular. En buena parte no se trata de un acuerdo marco entre dos partes, Naciones Unidas y el Gobierno de Chile, sino del segundo en solitario ante el espejo de sus pretensiones. Una peculiaridad del Sistema de Naciones Unidas en Chile se produce por la circunstancia de que en posiciones

claves del mismo se encuentran personas notoriamente ligadas a intereses no sólo políticos, sino también económicos y además estos, los económicos, enfrentados a pueblos y comunidades indígenas, frontalmente contrarios a sus derechos. Hay incluso ciudadanos chilenos con tal equipaje de intereses ocupando posiciones con acceso a la toma de decisiones por el Sistema de Naciones Unidas en Chile.

El Marco específico no es papel mojado. El PNUD (Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo), la agencia que cuenta con más posibilidades presupuestarias a estos efectos, viene entregando a Chile fondos cuantiosos destinados al “*fortalecimiento de las capacidades nacionales para la prevención y gestión de conflictos interculturales*”, esto es, para capacitar al Gobierno en el manejo de las situaciones provocadas por sus políticas contrarias a los derechos indígenas, políticas que el Gobierno se empeña en mantener incluso tras la ratificación del Convenio 169. Diga cuanto quiera toda la retórica sin freno del Marco específico, son fondos que no se utilizan a favor de los pueblos indígenas, sino en su contra.

Enrique Ganuza suscribe el Acuerdo Marco específico por parte de Naciones Unidas. Lo hace como “*Coordinador Residente de las Naciones Unidas – Representante Residente del PNUD*”, jefe así del Sistema de Naciones Unidas o Equipo País en Chile y responsable de la agencia mas comprometida con el gobierno chileno. Reside en efecto en Chile. No cabe que ignore lo que el Marco encubre. No es un misterio para nadie. Lo propio puede decirse de cuantos y cuantas están montando esa operación de auténtico fraude a los pueblos indígenas en Chile o son cómplices de ella. No cabe tampoco pensarse que en los cuarteles generales de Naciones Unidas, en los de derechos humanos que radican en Ginebra, no se tenga constancia. Por parte de Chile, suscribe Paula Quintana Meléndez, “*Ministra -Ministerio de Planificación- Gobierno de Chile*”, el gobierno que encabeza Michelle Bachelet.

Conviene registrar responsabilidades tanto institucionales como personales porque son no sólo jurídicas sino también políticas. El Acuerdo Marco específico realmente responde a un intento de neutralización tanto del Convenio 169 como de la DDPI. Recuérdese lo que dispone la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: que el Estado debe actuar “*en consulta y cooperación con los pueblos indígenas*” en cuantos asuntos les afecten (art. 38) y que todas las instancias de Naciones Unidas, “*incluso a nivel local*”, “*promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración*”.

El Acuerdo Marco de “*Apoyo a la Política Indígena de Chile*” se ha fraguado a espaldas de los pueblos indígenas inmediatamente después de la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas. No todo el Sistema de Naciones Unidas desde luego es cómplice, pero entre Santiago y Ginebra esto es lo que hay como mínimo, complicidad con políticas que atropellan los derechos de los pueblos indígenas.

Visita al Chaco Menó*

Menó significa menonita en el habla paraguaya. El menonismo es una confesión entre las varias y variadas del protestantismo cristiano. La religión menonita predica principios bastante apreciables. Se basa en el libre consentimiento individual, por lo que sólo admite el bautismo de personas adultas, y es profundamente pacifista, enemiga jurada de todo recurso a la violencia externa. Son rasgos que se empañan por la fuerte socialización interna, que aboca a los niños y niñas de la comunidad a la aceptación final del bautismo iniciático, y por el ensimismamiento religioso, como gente que se cree elegida y se desentiende del entorno, lo cual le hace en la práctica una confesión no sólo insolidaria, sino incluso inhumana con los no correligionarios y hasta con los correligionarios no pertenecientes a la estirpe genuina, la europea no latina. Todo esto lo señalo porque tiene que ver con indígenas en Paraguay.

Las comunidades menonitas emigraron al Chaco desde la segunda mitad de los años veinte del siglo pasado estableciendo colonias en un territorio que era indígena. Como si los pueblos indígenas no existiesen, se hacen con tierras y consiguen del gobierno paraguayo la concesión de territorio. El entendimiento entre religión menonita y gobierno de Paraguay se sustenta en el presupuesto consabido de que la presencia de la religión cristiana sería el factor de *civilización* de una tierra *salvaje*, pero las comunidades menonitas andan un buen tiempo desentendidas tanto del Estado paraguayo como de los pueblos indígenas. Van construyendo una economía propia de base agraria y ganadera. El auge que la misma va adquiriendo les lleva a interesarse por los indígenas como mano de obra barata y al alcance. Ponen en marcha una actividad cristianizadora, esto es menonizadora en comunidades aparte, y acentúan el empeño en acabar de privarles de tierras y recursos para que no les quede más remedio que aceptar el trabajo mal remunerado en estancias y empresas menonitas.

El éxito económico de la aventura menonita se convierte en un atractivo para la población no indígena paraguaya, que también se hace con tierras en el Chaco ignorando igualmente los derechos de los pueblos y comunidades indígenas. Paraguay como Estado contribuye con medidas de fomento de esta inmigración interior o, mejor dicho para la perspectiva indígena, exterior, así como con el intento de incorporación de las comunidades menonitas tanto a la economía como a la política paraguaya. Las posibilidades de la participación política se aprecian por las mismas comunidades menonitas. Comienza a ser creciente y significativa

* Publicado el 28 de abril de 2009.

la presencia de sus agentes en los ámbitos centrales del poder en Paraguay. Al mismo tiempo se incrementa el control menonita de las comunidades indígenas manteniendo su régimen de *apartheid* respecto a las colonias propias. Con todo esto hemos llegado al siglo XXI.

Las comunidades indígenas del Chaco menonita se encuentran en su propio territorio privadas de tierras y recursos, esto segundo en términos prácticamente absolutos. Dicho de otra forma, se encuentran obligadas a sostenerse con el trabajo para las colonias menonitas. Los mecanismos que fuerzan a ello en condiciones además precarias, sin garantías de estabilidad ni derecho sindical alguno, se han apretado al máximo. Se descuenta un tanto por ciento de los salarios para la formación de un fondo de ayuda mutual hospitalaria. El derecho a la asistencia y las cotizaciones mismas se pierden por cese o despido. Los hijos e hijas sólo están cubiertos hasta los dieciséis años. La gestión de los fondos mutuales está legalmente en manos de las colonias menonitas, a las que el gobierno paraguayo tiene cedidas éstas y otras funciones públicas. A todo esto se añaden prácticas de enganche de trabajo mediante deudas con la parte empleadora.

Lo último, lo de la práctica del enganche, está considerado como forma de trabajo forzoso equiparable a la esclavitud y consiguientemente condenado por el derecho internacional, en particular por convenios de la Organización Internacional del Trabajo de los que Paraguay es parte. Pero el enganche se alimenta de un contexto que la hace prácticamente inerradicable, un contexto que ya de por sí genera trabajo forzoso. Por una parte está la legislación y la política paraguaya que no respaldan ni promueven derechos sindicales entre las personas indígenas, las que se ven obligadas a trabajar fuera de sus comunidades. Por otra parte, están las condiciones que mueven a este forzado recurso de las comunidades y familias indígenas al trabajo extracomunitario. Esto me parece lo más importante. Con ello tocamos fondo.

Las comunidades indígenas del Chaco han sido privadas de tierras y recursos propios, de todo el territorio del que disponían hasta la llegada de la inmigración menonita. Han sido con ello conducidas a un estado de extrema pobreza que les deja inermes ante las exigencias de la patronal menonita y ahora también más ampliamente paraguaya. Poner el acento, para contrarrestar los efectos, en el fomento de las garantías propias del derecho del trabajo es sólo un paliativo que no ataca las raíces del problema en sus términos jurídicos, únicos de los que me ocupó. Este problema de índole jurídica, pues ignora y atropella derechos, radica en la política sostenida de destrucción de la base material de las comunidades indígenas.

La cuestión jurídica de fondo consiste en la ilegitimidad flagrante de todo el proceso por el que los pueblos indígenas del Chaco se ven privados del territorio y de todos sus recursos. Los intereses menonitas parecen ser los que vienen bloqueando proyectos que pudieran resultar favorables a las comunidades indígenas.

Iniciativas tendentes a crear condiciones para la superación de su extrema dependencia económica y política respecto a las colonias menonitas se descarrilan o descomponen ya en la región, ya en las instituciones centrales del Estado donde igualmente operan los intereses particularmente menonitas y generalmente agropecuarios dominantes en el Chaco. Ese es el caldo de cultivo del trabajo forzado indígena.

Nemo dat quod non habet, nadie da lo que no tiene. Nadie puede regalar aquello de lo que no dispone. Así reza un sabio proverbio tradicional europeo. El territorio del Chaco no era fiscal. No estaba a disposición del Estado ni éste por lo tanto podía legítimamente concedérselo a nadie. No era *terra nullius*, territorio sin dueño, según otra expresión antigua europea. Era territorio indígena. Puesto que lo era, lo es. Nadie ha podido disponer del mismo, salvo naturalmente los propios pueblos indígenas, lo que no es el caso evidentemente.

Tienen ahora estos pueblos, como mínimo, el derecho a la reparación que contempla la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Esto habría de constituir el punto de partida para cualesquier políticas que, conforme a derecho, se esfuercen por atacar las causas de las prácticas de trabajo forzado en el Chaco paraguayo.

Que no se contenten unas políticas con paliar unos efectos contribuyendo con ello a la consumación del monumental expolio sufrido por los pueblos indígenas en el Chaco por tiempos además recientes, bien vivos en la memoria indígena.

Visita a Itakuatía*

Itakuatía es una comunidad guaraní en el Alto Parapetí que constituye una isla dentro del espacio proceloso del Chaco boliviano. Isla es por no estar ubicada en el interior de una hacienda dependiendo para todo de la propiedad en condiciones prácticamente serviles. Lo es también por encontrarse rodeada de un mar de haciendas en un estado de auténtica penuria pues sus miembros se resisten a trabajar para ellas y las mismas en todo caso se niegan a ofrecerles trabajo por no estar empatronados, esto es por no someterse a tal sistema de verdadero cautiverio de comunidades o de familias. El régimen laboral de las personas y grupos en condición de empatronamiento queda al entero arbitrio de la propiedad. La contabilidad de las retribuciones la lleva el patrón con liquidaciones anuales de saldo siempre a deber para el trabajador pues se computan como deudas habitación, vestimenta y manutención a precios todo ello arbitrarios. Con carácter general, servicios no hay, ni de salud ni de educación.

Itakuatía es una isla además de difícil acceso y dificultosa comunicación por causas nada naturales. Para acceder a ella hay que aventurarse por un camino que atraviesa las haciendas con varias atrancaderas bajo la asechanza amenazante de su personal, de un personal que no siempre franquea el paso y que a veces lo impide con alarde de violencia. Son haciendas que hacen valer su propiedad privada de la tierra hasta el punto de impedir el ejercicio del derecho correspondiente a la servidumbre pública de paso a comunidades no cautivas como Itakuatía. Cautivas se encuentran las comunidades entonces por efecto de los controles de acceso y de trabajo que estas haciendas se asignan a sí mismas. He visto cómo sus propietarios invaden Itakuatía de forma prepotente tal y como si fueran también los dueños de la comunidad. A eso están acostumbrados. Dueños se creen del territorio y sus recursos. Agentes de las haciendas robaron recientemente la radio comunitaria de comunicación y seguridad.

Los hacenderos proceden a este tipo de acciones por la inseguridad que sienten en su posición de dominio. No es para menos. Por una parte sus títulos son improvisados y resultan problemáticos. Por otra, el Estado boliviano los está poniendo ahora en cuestión. Debe ante todo recordarse que hasta finales del siglo XIX el pueblo guaraní del Chaco resistió no sólo al colonialismo español, sino también después, a las repúblicas de Bolivia y de Paraguay. Vencidos militarmente por la primera en 1892, comenzó el expolio de su territorio y de sus recursos. Es una historia del siglo XX. Familias no indígenas se apoderaron primero de la

* Publicado el 4 de mayo de 2009.

tierra y luego, no de forma inmediata, consiguieron que Bolivia registrase títulos tan truchos. Hubo guaraníes, los más aguerridos supervivientes de la masacre, que fueron vendidos cual esclavos sacándoseles del Chaco. Enteras comunidades guaraníes emigraron hacia el sur para escapar al alcance de Bolivia. Otras comunidades quedaron dentro de las haciendas, así cautivas y bajo un régimen servil a todos los efectos, no sólo a los laborales.

El Estado boliviano pone en cuestión dichos títulos de propiedad desde 1953 sin mayor éxito durante años. La reconducción comunitaria de la reforma agraria contempla ahora la reversión de las tierras en caso de práctica de trabajo forzoso de comunidades cautivas o familias empatronadas. El Instituto Nacional de Reforma Agraria (INRA) ha de conducir el proceso de saneamiento que pueda finalmente revertirlas al menos en parte a la propiedad de sus legítimos titulares, los indígenas por supuesto. No sólo se trata de la emancipación de comunidades, sino también y sobre todo de la devolución de las tierras y recursos que legítimamente les pertenecen con asistencia técnica y económica debida por causa del mismo derecho a la reparación. Es una política virtualmente reforzada por la nueva Constitución que funda una Bolivia plurinacional. En este nuevo escenario, los hacenderos tienen desde luego razones para sentirse inseguros en todo cuanto toca al mantenimiento de su dominio.

La reversión de las haciendas que rodean a Itakuatía ya ha sido declarada por el INRA en virtud de la existencia en ellas de comunidades cautivas, aparte de otra causal de expropiación sin indemnización como la de no ser explotadas conforme a los requerimientos de la función económico-social de la propiedad. Los hacenderos no se cruzan de manos por supuesto. Recurren ante la jurisdicción competente, la del Tribunal Agrario Nacional (TAN), negando ambas causales. La más importante, por cuanto que ilegítima la propiedad en mayor medida, es la de existencia de comunidades o familias empatronadas con la consecuencia de un régimen de trabajo forzoso, todo lo cual está asimilado a la esclavitud por el derecho internacional de derechos humanos, una esclavitud a ser por supuesto eliminada de una forma expedita y sin indemnización alguna, con dicha devolución de tierras y recursos en un caso como el guaraní.

Los hacenderos no permanecen ciertamente inactivos. De forma acelerada están preconstituyendo pruebas de inexistencia de comunidades cautivas mediante iniciativas que mejoren su modo de vida. Se plantea por ejemplo ahora la construcción de viviendas para las familias trabajadoras con detalle de financiarse por instituciones municipales y departamentales, esto es por las mismas autoridades del departamento de Santa Cruz que han promocionado una autonomía preventiva frente, en particular, a la reconducción comunitaria del reformismo agrario y, en general, al nuevo constitucionalismo boliviano. La financiación pública rompe la apariencia de generación de deudas con el patrón cuyo imposible pago amarra a la condición servil. En términos de derechos, nada cambia por supuesto.

Las personas, las familias y las comunidades se mantienen en las mismas condiciones de sujeción a la propiedad. El departamento de Santa Cruz no invierte en infraestructura alguna de comunidades no sujetas a las haciendas. Sólo la autoridad comunitaria guaraní defiende un principio de no discriminación frente a tales políticas departamentales.

¿Puede alcanzar algún éxito una manipulación tan evidente de evidencias? No se descarta que haya connivencia de la jurisdicción agraria, igual que se tiene de otras autoridades, como las departamentales en Santa Cruz. Lo de la connivencia judicial es algo siempre verosímil mientras que no se renueve la justicia sobre las nuevas bases constitucionales de la plurinacionalidad. Por ahora, su mera activación puede ser un buen medio de amedrentamiento. Y no deja de recurrirse al mismo. Los hacenderos que rodean Itakuatía no sólo han impugnado la reversión de sus tierras ante el TAN, sino que también han denunciado por delito de falsedad ante la Unidad Especial contra la Corrupción Pública de la Fiscalía a los funcionarios del INRA que se han ocupado del expediente y, como cómplices, a los indígenas que han prestado testimonio sobre el trabajo forzoso y el cautiverio de comunidades. Con la base presuntiva de la afirmación de los hacenderos, el fiscal de Santa Cruz ha dado trámite a la denuncia. Un guaraní que denuncie a un hacendero corre el riesgo de acabar siendo acusado él mismo por querrela temeraria. La denuncia del robo de la radio comunitaria y de otros actos continuos de acoso y violencia ni se plantea. Resultaría tan inútil como peligroso.

Llegamos a principios de mayo en un compás de espera respecto a los asuntos judiciales, muy especialmente al de la impugnación de las reversiones cuya resolución puede retardarse todavía por un tiempo más de años que de meses. Un asunto que afecta a las libertades humanas más elementales, ¿cómo puede dejarse en manos de una jurisdicción agraria y además sin la composición plurinacional, esto es con presencia indígena en el panel de jueces, que ofrezca garantías frente al racismo de fondo de toda esta historia? ¿Qué es el debido proceso sin la debida fiscalía ni la debida corte o tribunal, ni siquiera con esto último tan fundamental?

El compás de espera puede realmente durar. Itakuatía sigue siendo una isla dentro del proceloso espacio de haciendas prepotentes y comunidades en diverso grado y de diversas formas cautivas por la extensión pródiga en recursos del Chaco boliviano.

Estado de emergencia contra indígenas en el Perú*

El pasado miércoles 6 de mayo el Consejo Directivo Nacional de la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesepe) hizo público un pronunciamiento denunciando que el Gobierno ha emprendido la política de “agredir sin miramientos”. La respuesta gubernamental ha venido a confirmar el motivo de la denuncia. El viernes 8 se acuerda, el sábado 9 se publica y el domingo 10 entra en vigor un Decreto Supremo de la Presidencia del Consejo de Ministros, refrendado por el ministro de Defensa, la ministra del Interior, la ministra de Justicia y el ministro de Energía y Minas, decretando el estado de emergencia en diversos distritos de los departamentos de Cusco, Ucayali, Loreto y Amazonas, las zonas indígenas donde se desarrolla una fuerte movilización desde hace un mes.

El decreto de declaración de tal estado de excepción explica en un enfático preámbulo que las actividades de las empresas extractoras que operan en los territorios indígenas del caso son de “interés público” al tiempo que guarda el más clamoroso silencio sobre los derechos de los pueblos que los habitan desde tiempos anteriores a la presencia no sólo de las empresas, sino también del mismo Estado peruano. El pronunciamiento de la Aidesepe se refiere a esto segundo: *“En nuestros territorios no hemos consentido la presencia de empresa alguna, por no haber sido consultados de conformidad con lo que disponen las normas internacionales como el Convenio 169-Organización Internacional del Trabajo y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del mundo”*. No sólo se trata de una presencia humana, sino también del derecho que le corresponde a ser consultada conforme al ordenamiento internacional de los derechos humanos.

En concreto, la movilización indígena, movilización que viene desarrollándose en las últimas semanas y que la declaración del estado de excepción intenta doblegar, reclama la derogación de nueve decretos extremadamente lesivos para indígenas que se aprobaron sin consulta bajo la cobertura forzada de las facultades extraordinarias conferidas por el Congreso al Gobierno para *“facilitar la implementación del Acuerdo de Promoción Comercial Perú-Estados Unidos”*. El Gobierno quedó habilitado durante buena parte del año pasado para promulgar decretos con pleno valor de ley sin control ninguno del Congreso, que se aprovechó para dictar unos cuantos contra los derechos de los pueblos indígenas, unos derechos que el propio Gobierno está comprometido internacionalmente a reconocer y garantizar.

* Publicado el 12 de mayo de 2009.

En realidad eran once los decretos especialmente lesivos para indígenas, pero la movilización de hace diez meses ya condujo a la derogación de los dos peores. Para dirimir el problema de los restantes, a continuación se organizó en el Congreso una Comisión Multipartidaria Encargada de Estudiar y Recomendar la Solución a la Problemática de los Pueblos Indígenas. En diciembre pasado emitió su *Informe sobre los Decretos Legislativos vinculados a los Pueblos Indígenas promulgados por el Poder Ejecutivo* en virtud de la habilitación dicha. Su recomendación fue la de que se tomara seriamente en consideración la derogación de todo ese manojito de decretos “por ser contrarios al orden constitucional referido a las comunidades campesinas y nativas, así como al derecho a la identidad étnica y cultural, y a la aplicación e interpretación de tratados”, como principalmente el mencionado Convenio 169, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Frente a la misma posición favorable a acordar la legislación con la Constitución y el derecho internacional, posición que ha venido ganando terreno en el seno del Congreso, el Gobierno ha impedido hasta hoy que se proceda a dicho reajuste del ordenamiento peruano. La Aidesep ha propuesto la formación de una Mesa de Diálogo entre las partes a la que el Gobierno ha respondido con el estado de emergencia o, mejor dicho, con las agresiones “*sin miramientos*” que se comenzaron a acometer sin la cobertura de dicha declaración de excepción y atropellando así la Constitución no sólo en cuanto al reconocimiento de derechos indígenas, sino también respecto a las garantías de las libertades más elementales. La declaración de emergencia se vale de la Constitución, que es todavía la fuji-morista, para permitir el atropello de todo derecho de personas, comunidades y pueblos indígenas en las zonas que se especifican.

El decreto de declaración de la excepción activa la previsión del inciso primero del artículo 137 de la Constitución, conforme al cual, para el “*caso de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de graves circunstancias que afectan la vida de la Nación*”, “*dando cuenta al Congreso*” y sin necesidad de su consentimiento, “*puede restringirse o suspenderse el ejercicio de los derechos constitucionales relativos a la libertad y la seguridad personales, la inviolabilidad del domicilio, y la libertad de reunión y de tránsito en el territorio*” durante el término máximo de sesenta días, prorrogables mediante nuevo decreto, sin más cautela sustancial que la de que “*en ninguna circunstancia se puede desterrar a nadie*”. El Gobierno no se contenta además con restringir, sino que suspende en su totalidad tales derechos para “*la ejecución de acciones inmediatas*” de un carácter encima militar. Imagínese lo que puede hacerse con todo esto frente a indígenas bajo la presión de las empresas extractoras.

Alberto Pizango, presidente de la Aidesep, ha descalificado la medida como “*una clara provocación y una alta agresión por parte de las empresas transnacionales que obedece el Gobierno peruano*”. No es un juicio de intenciones. El decreto de

excepción es transparente. Todo su preámbulo se dedica a exaltar el *interés público* de las empresas extractivas que están topando con una fuerte resistencia indígena en nombre, en cambio, de los derechos. Así de claro se plantea el conflicto por parte del propio Gobierno: intereses contra derechos.

Perú: razón del derecho y sinrazón del Gobierno*

Tras diversos informes en los que la *Defensoría de Pueblo del Perú* venía dictaminando la ilegitimidad de la política del Gobierno durante los últimos tiempos que no sólo viene ignorando la obligación contraída internacionalmente de consultar con los pueblos indígenas para cuantas medidas les afecten, sino que también ha venido dismantelando por una serie de decretos legislativos el ordenamiento que ya existía en Perú a dicho efecto, el jueves 4 de junio la misma Defensoría acaba de interponer ante el Tribunal Constitucional una bien fundada demanda de inconstitucionalidad contra uno de los principales entre dichos decretos. Estos mismos días el Congreso de la República había de votar el dictamen de su *Comisión Multipartidaria* encargada de estudiar y recomendar la solución a la problemática de los pueblos indígenas, cuyo dictamen también ha sido adverso para el mantenimiento en vigor de dichos decretos. El Gobierno reacciona provocando una masacre de indígenas el viernes 5 de junio.

Por dicha política, el Gobierno también ha podido empezar a sentirse contra las cuerdas en el ámbito internacional o al menos en el sector que interesa a los derechos de los pueblos indígenas. En febrero de este año la *Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo* le dirigió sus observaciones críticas al respecto instándole, frente a la regla usual de informes periódicos, a que respondiera con urgencia, lo que viene eludiendo. En su sesión de la segunda mitad de mayo, el *Foro Permanente de Naciones Unidas sobre las Cuestiones Indígenas* apreció la novedad de dicho procedimiento de urgencia en la supervisión de obligaciones internacionales para casos tan flagrantes. Además de organizaciones indígenas y organizaciones no gubernamentales que transmitieron su preocupación, a esta sesión del Foro asistieron la presidenta de la Comisión Multipartidaria, Gloria Ramos, y la congresista Hilaria Supa, quienes estuvieron informando. Concluida la sesión, el martes 2 de junio la presidenta del Foro Permanente, Victoria Tauli-Corpuz, hizo público un comunicado manifestando alarma e instando al Gobierno del Perú a la rectificación.

La masacre del día 5 es una masacre anunciada y no se sabe si buscada. Ante el empecinamiento del Gobierno, la movilización amazónica paraliza instalaciones de industrias extractivas cuyo establecimiento no ha sido consultado y bloquea las vías de comunicación entre ellas y con el exterior. El Gobierno no se

* Publicado el 5 de junio de 2009, a las primeras noticias de la masacre de Bagua.

aviene a razones, a las razones de la *Defensoría del Pueblo*, de la *Comisión multipartidaria del Congreso* y de la *Comisión de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo*. Opta por el conflicto. Incrementa la militarización de la zona. El viernes ocho de mayo decreta la suspensión de las libertades personales y los derechos políticos en la zona amazónica, no esperando siquiera para aplicar el decreto al debido requisito de la publicación oficial que se produce con toda urgencia al día siguiente. La Constitución de tiempos de Fujimori, que es la que sigue en vigor, facilita este género de cosas. Teniendo perdidas todas las razones del derecho, opta por la sinrazón del conflicto violento. Espera suscitar el temor y, si es necesario, derramar la sangre que desanime a quienes optan, en cambio, por los caminos del derecho.

No nos limitemos a indignarnos ante la masacre. Enarbolemos las armas justas del derecho. Exijamos el juicio de sus responsables. Cuando inició con verdadera determinación su nefanda política de cara a los pueblos amazónicos, el presidente del Perú, Alan García, calificó a los indígenas como “*perros del hortelano*”, perros que, como reza el refrán clásico español, *ni comen ni dejan comer*, esto es, ni disponen ni dejan disponer de sus territorios y recursos. Para el supremacismo criollo, ya se sabe que es puro desperdicio el manejo indígena de los propios territorios y recursos. Toda la implicación de ese apelativo de *perros* viene presidiendo una política con el consecuente propósito de reducir a ultranza el hábitat indígena y a la población indígena misma, incluyendo expulsiones de pueblos, particularmente de aquellos que resisten en aislamiento voluntario.

Júzguese a la luz de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y del Estatuto de la Corte Penal Internacional. Reconozco que son palabras mayores, precisamente a la altura de la gravedad no sólo de una masacre concreta, sino también de toda la política para la que la misma es tan sólo un episodio.

Genocidio peruano y derecho penal internacional*

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, artículo 2 (y Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 6): “*En la presente Convención (A los efectos del presente Estatuto), se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: () c. Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*”. ¿Qué interpretación hace falta para concluir que el Gobierno de la República del Perú no es exactamente que haya cometido genocidio con la masacre del 5 de junio de 2009, sino que lo viene cometiendo desde antes con su política empecinada contra los pueblos indígenas de la zona amazónica? ¿Cómo es entonces, si la conclusión resulta tan clara a la luz del derecho penal internacional, que ninguno de los mecanismos internacionales de prevención del genocidio haya dado antes del 5 de junio la voz de alarma sobre la comisión de genocidio y todavía hoy, tras dicho día, no se produzca la imputación?

En materia de genocidio, el derecho peruano se conforma al derecho internacional. El Código Penal del Perú recoge la tipificación internacional del delito de genocidio, con lo que puede sustanciarse las correspondientes acusaciones ante la justicia peruana. Perú tiene ratificados tanto la Convención sobre el Genocidio como el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el cual por su parte dispone que la fiscalía “*podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte*” (art. 15.1), *información* que puede llegar por cualquier vía, incluso, por supuesto, la de los *media* o la de internet, en cuyo caso el *podrá* cabe que se convierta en *deberá*. Hay otras posibilidades normalmente más improbables de que un caso llegue ante la jurisdicción penal internacional, como que un Estado parte presente formalmente la acusación contra otro. Conviene entonces recordar que, por ejemplo, Bolivia también tiene ratificado el Estatuto de la Corte y que su Constitución marca como objetivo de la política internacional “*el respeto a los derechos de los pueblos indígenas originarios campesinos*” (art. 255.II.4). Hay aquí también un *puede* que cabe entender como *debe*.

Si se acusa de genocidio a particulares, la Corte Penal Internacional es la jurisdicción internacional competente. Si la acusación se dirige contra un Estado, lo es en cambio la Corte Internacional de Justicia. En ésta no hay una fiscalía que

* Publicado el 6 de junio de 2009.

pueda actuar de oficio, pero procede igualmente la acusación entre Estados (arts. 8 y 9 de la Convención sobre el Genocidio frente a su art. 6). Y nada impide que se pueda acusar a personas ante la Corte Penal Internacional y al Estado ante la Corte Internacional de Justicia por un mismo caso de genocidio, como por ejemplo el peruano. Con tantas posibilidades, ¿cómo es que existe una reluctancia tan generalizada a activar alguno o todos estos mecanismos ante casos tan graves como son todos los de genocidio?

Precisamente por efecto de la gravedad, aunque parezca y sea paradójico. El mismo agravamiento extremo del delito de genocidio como crimen de lesa humanidad ha conducido a inoperativizarlo prácticamente. El único caso de genocidio de Estado que se ha residenciado ante la Corte Internacional de Justicia, el caso yugoslavo, fue sometido a tales exigencias de prueba de la intención genocida que, contra toda evidencia, no se condenó a Serbia-Montenegro por el genocidio cometido contra Bosnia-Herzegovina. Contra la letra de la Convención, se partió de una concepción estrechísima del genocidio como crimen de sangre, sin la debida atención a las políticas genocidas no sangrientas previas, que condujo a la exigencia de prueba prácticamente imposible de la determinación asesina por parte de órganos estatales supremos. Así, judicialmente, se neutraliza la tipificación internacional del delito de genocidio de Estado.

La idea estrecha de *genocidio* no sólo es judicial, sino también popular. Pese a los términos más amplios de la Convención sobre el genocidio, la idea que popularmente se ha impuesto sobre el mismo es la de sistemática matanza masiva y punto. Para casos menos o nada sangrientos, se habla de *masacre* y de *etnocidio* respectivamente, lo que es poco operativo pues ni la una ni el otro constituyen supuestos tipificados como delitos por el derecho internacional. Para las políticas genocidas no sangrientas, también se habla de *genocidio cultural*, con lo cual, como tampoco está contemplado en cuanto tal por el derecho penal internacional, es el adjetivo el que puede neutralizar al sustantivo. Hubo un intento, que no prosperó, de considerar el “*etnocidio o genocidio cultural*” por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En fin, el *genocidio* es genocidio, sea sangriento, poco o mucho, o no sangriento. La colación y difusión de otros términos no sólo confunde, sino que también dificulta la prevención e impide la sanción.

A todo esto se suma que en la comunidad internacional se entiende como una ofensa la misma imputación de genocidio por muchas evidencias que se tengan. Se teme la reacción de los Estados imputados frente a la mera sospecha. La hostilidad frente a las imputaciones es por supuesto un arma de defensa de los Estados genocidas. Imaginemos la reacción del Gobierno peruano si el boliviano formalizase una acusación ante la Corte Internacional de Justicia. Funciona así un chantaje que contribuye a la inactivación de los instrumentos sobre genocidio. Es el escenario que ha llevado a que el mandato del Asesor Especial del Secreta-

rio General de Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio no le permita calificar ningún hecho como tal y que, en el desempeño de su función, acciones que por sí, según la Convención sobre el Genocidio, ya pueden calificarse de genocidas, como las que se están produciendo en el Perú, sean tomadas tan sólo como signos de alarma de la posibilidad de que pueda cometerse eventualmente un genocidio.

¿De qué nos sirve una Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, no sólo para su prevención, sino también para su sanción; una Corte Internacional de Justicia; una Corte Penal Internacional, y Códigos Penales de Estado si la forma y el grado como tipifican el genocidio entraña que la imputación y el castigo se hagan poco menos que imposibles? Naturalmente que la solución de la paradoja no reside en la penalización más leve o en la descriminalización del genocidio, sino en el cumplimiento de las previsiones de las normas penales tanto internacionales como nacionales. En otro caso, lo que tenemos, lo que fomentamos, es la simple impunidad con la coartada de las mismas normas inoperantes. ¿Va a ocurrir esto ahora en el Perú?

Derecho penal del enemigo en el Perú*

Durante la Presidencia de George W. Bush en los Estados Unidos y para nombrarse los nefandos métodos de su particular “*Lucha contra el Terror*”, la expresión *derecho penal del enemigo* cobró auge en algunas lenguas como el castellano, no en inglés precisamente. *Derecho penal del enemigo* consiste en la tipificación de delitos, previsión de penas y organización de procedimientos que se diseñan y aplican como arma de ataque contra algún grupo humano. El *derecho penal del enemigo* no tiene por qué ser un derecho tan ayuno de garantías como el de la *lucha contra el terror* bajo aquella presidencia, sino que puede ser un ordenamiento perfectamente garantista sólo que sesgado en su concepción o en su práctica por dicho objetivo radicalmente discriminatorio. En el Perú existe derecho penal del enemigo contra indígenas. Está queriéndose poner en práctica tras la masacre de Bagua.

Una de las características más definitorias del derecho penal del enemigo es el de la anulación que produce del derecho a la legítima defensa. Cualquier intento de defenderse ante la aplicación del derecho penal del enemigo o también ante agresiones directas al margen de los procedimientos de derecho es automáticamente calificado como constitutivo él mismo de delito. El enemigo, si se defiende, asesina, mientras que el amigo, si ataca, obra conforme a derecho. El caso paradigmático de derecho penal del enemigo en la historia es el del derecho colonial, el derecho que faculta a los Estados para que invadan territorios indígenas incluso mediante la fuerza al tiempo que trata como resistencia completamente ilegítima, y más aún si es armada, la defensa de sí mismos y de sus territorios por parte indígena. Uno de los nombres, el más moderno, de este derecho colonial es el de soberanía de Estados no indígenas establecida y reconocida con fronteras que abrazan territorios indígenas.

Tras la masacre de Bagua, el Ministerio Público se persona para acusar de asesinatos a indígenas y no a policías cuando ambos han producido muertes y anuncia además cargos de sedición, conspiración para la rebelión y motín contra dirigentes indígenas; el presidente de la República por su parte califica a todos los indígenas de terroristas; él y otros responsables de las decisiones que han provocado y quizás buscado muertes se refieren a los indígenas que defienden sus propios territorios como si fueran invasores del territorio peruano... He ahí muestras del derecho penal del enemigo químicamente puro, el de raigambre colonial. Tanto fiscales como políticos están pretendiendo que se atienen a la regla

* Publicado el 10 de junio de 2009.

del derecho que representaría, no la criminalización del ejercicio de derechos por parte de un sector de la ciudadanía, sino el imperio de la más escrupulosa y exigente democracia. La desfachatez es paladina.

Ciertamente ha habido muertes, y muertes crueles, de mano indígena. Se perpetran a continuación de que el Gobierno culmina todo un curso de política genocida (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, art. 2.c: “*sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*”) con un ataque armado en toda regla a indígenas que reclaman el diálogo para rectificar dicha política y que, ante la cerrazón gubernamental, recurren a medidas de bloqueo de comunicaciones y ocupación de instalaciones. ¿Quién ha dicho que un requisito del delito de genocidio sea el de que las víctimas se muestren sumisas ante las políticas que les agreden y las agresiones que les aniquilan? ¿Quién ha dicho que hayan de arrodillarse ante sus asesinos para que luego, sobre sus cadáveres amontonados, pueda apreciarse la existencia de genocidio?

En lo que toca a las muertes, el delito de genocidio no es una suma de asesinatos, sino el conjunto de las políticas y de las acciones que persiguen eliminar o diezmar grupos humanos tales como los pueblos indígenas. Si el juicio por un genocidio se emprende tan sólo como suma de asesinatos que puedan desagregarse para la identificación y el procesamiento de los culpables, la misma enormidad criminal de las políticas genocidas se hace invisible y queda impune. Cuando se trata de genocidio, no ha de haber juicio por asesinatos uno por uno y, aún menos, sólo de algunos, sino que ha de haberlo sobre todos en conjunto, los producidos por una parte o por otra, y además en el contexto de la política genocida del caso. Entonces no hay impunidad de algunas muertes, como por ejemplo, las producidas por indígenas, sino debida apreciación del derecho a la legítima defensa. Nada quita por supuesto que, además del juicio por genocidio, pueda también haberlos que conduzcan a condenas por homicidios en los que no concurran la eximente de legítima defensa, pero esto no sólo para aquellas muertes que se seleccionen por la fiscalía con criterio racista y se juzguen por una judicatura lastrada igualmente de racismo.

Algunas instancias internacionales o humanitarias tienen reparos para pronunciarse condenando el genocidio peruano o ni siquiera la masacre de Bagua por haber muertes de ambas partes y particularmente por haberlas producidas por indígenas. Les parece que condenar sería entonces condonar, condonar precisamente asesinatos y además con policías actuando en defensa del orden como víctimas. A algunos exponentes de la política gubernamental se les ve satisfechos por haber logrado ese efecto disuasorio con el asesinato inducido de policías. Digo inducido porque fueron literalmente enviados a una muerte segura. Y aprovechan dichos exponentes para acusarnos de encubrimiento e incluso de incitación al asesinato a quienes nos pronunciamos. Basta escuchar estos días al amenazante despliegue de retórica del presidente de la República del Perú, el señor Alan García.

Para el Gobierno del Perú y para el derecho penal peruano, el indígena es el enemigo. Contra el indígena se dirigen principalmente las amenazas de todo tipo; entre ellas, la que supone la aplicación ahora del derecho penal del enemigo. No faltan agencias internacionales, incluso sobre el terreno e inclusive también de instancias con mandatos específicos sobre derechos indígenas o sobre prevención del genocidio, que guardan un incómodo silencio. Algunas hasta entienden que eso que hace el Gobierno del Perú, atenerse a las previsiones del derecho establecido, es lo que procede. Se echan de menos desde luego pronunciamientos de parte internacional que hagan ver a este Gobierno que el crimen en toda su integridad no va a quedar impune.

Perú: ¿de qué sirve el derecho penal internacional?*

Después de la experiencia del juicio de Nuremberg que hubo de improvisarse en cuanto al derecho aplicable, un derecho penal internacional sobre bases firmes se inició en 1948 con la *Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*. Se inició y se agotó durante medio siglo. A nivel internacional, la Convención no tuvo desarrollo o ni siquiera aplicación por varias décadas. Un tribunal internacional para el enjuiciamiento de individuos imputados de genocidio sólo pudo constituirse medio siglo más tarde con la aprobación del *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. El derecho penal internacional no sirvió para nada durante bastante tiempo y hoy todavía, dada la novedad de su operatividad, resulta bien arduo ponerlo en práctica.

Dicho Estatuto ha venido además a desarrollar el derecho penal internacional tipificando una serie de delitos junto al de genocidio, los delitos por ejemplo de esclavitud (inclusive la sexual), traslado forzoso de población, privación grave de libertad, tortura, violación, prostitución forzosa, embarazo forzado, esterilización forzosa, desaparición forzada, *apartheid*, “*persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos*”, etc. Ahora es posible perseguir internacionalmente una buena serie de delitos, delitos que están cometiéndose notoriamente, por ejemplo, en el Perú. Son delitos que sufren habitualmente los pueblos indígenas no sólo por América.

Genocidios se cometieron por supuesto durante todo ese tiempo de inoperancia de un derecho penal internacional ya existente. Hay casos americanos bien notorios por aquellos mismos años, como el genocidio sufrido por el pueblo aché en Paraguay. ¿Reaccionó Naciones Unidas o alguno de sus Estados miembros en nombre de la *Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio*? Algún revuelo hubo que no llevó a nada. Al Gobierno paraguayo le bastó con asegurar públicamente que no había genocidio porque no existía de su parte intención ninguna de exterminar a ningún pueblo. No mucho después, en 1988, Estados Unidos ratificó tardíamente la Convención añadiendo la doctrina contraria a la letra de la misma de que no había genocidio si no existía intención dolosa, una intención en definitiva de asesinar en masa. Al cabo de otros pocos años, la Corte Internacional de Justicia, a propósito del caso yugoslavo, ha hecho suya esa

* Publicado el 21 de junio de 2009.

doctrina americana. Es caso el yugoslavo que ha debido atenderse mediante un tribunal internacional *ad hoc*, lo que no es buena práctica en derecho penal.

Durante todo el tiempo de inoperancia del derecho penal internacional, se ha impuesto además en los medios de Naciones Unidas, no sólo entre los Estados miembros, la idea también contraria a la letra de la Convención (no hablo del espíritu porque en el derecho penal es a la letra a lo que hay que estar) conforme a la cual sólo es genocidio el que se comete mediante matanza bruta y monstruosa. Hasta el *Asesor Especial del Secretario General de Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio* se mueve hasta el momento sobre dichas premisas, considerando signos de alarma de la posibilidad de genocidio aquellas conductas que para la Convención ya constituyen genocidio. Y no se ha acometido todavía a efectos prácticos el encuadramiento del genocidio junto a otros delitos similares que ahora están tipificados por el *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Aparte de las ratificaciones, se dice que el mismo sólo se ha limitado a registrar en su tipificación de delitos un derecho consuetudinario de carácter general que ya existía, lo que siempre es problemático en el campo del derecho penal, pero con ello no se avanza en dicha integración de un derecho penal internacional en el que el genocidio no sea un tipo solitario e inoperante.

Pareciera que el derecho penal internacional de carácter general estuviera condenado a la neutralización más absoluta. Lo ha salvado el Estatuto de 1998 y la erección consiguiente de la *Corte Penal Internacional* ya en nuestra década. Puede decirse que el derecho penal internacional es así de reciente, con muchas de sus posibilidades todavía inéditas. Al contrario que la *Corte Internacional de Justicia*, la *Corte Penal Internacional* no depende en el ejercicio de su jurisdicción de la acción o el parabién de los Estados. Representa ya una justicia internacional independiente. Su fiscalía puede presentar casos de oficio y conforme a criterio propio, según la información que recabe o las denuncias que reciba. Igualmente, la *Corte Penal Internacional* admite casos como cualquier otra jurisdicción ordinaria, conforme a los méritos del mismo sin otras consideraciones ni políticas ni diplomáticas. Casos como el del Perú pueden ahora denunciarse ante una justicia internacional independiente. Dado que estamos ante posibilidades inéditas, otra es la cuestión por supuesto de que la denuncia prospere. En todo caso, ahora las víctimas de delitos internacionales, ellas mismas mediante representantes que controlen, pueden accionar el derecho penal internacional a través de la fiscalía de la Corte Internacional de Justicia.

Las políticas del Gobierno peruano en el último par largo de años de cara a los pueblos indígenas de la Amazonía presentan indicios serios de incurrir en supuestos tipificados por el Estatuto de la *Corte Penal Internacional*. Las posiciones y manifestaciones racistas de sus responsables ante la resistencia de dichos pueblos acentúan los indicios. El recurso a la acción militar con resultados letales, junto a la forma como se le ha presentado por parte oficial, constituye la última

evidencia. Puede estar cometiéndose genocidio y algún delito más de los tipificados por dicho Estatuto penal internacional. Aparte de que se le pueda entender como expresión de derecho consuetudinario, el mismo es aplicable para el Perú por ratificación formalizada en 2001. El Estatuto, por ser de derecho penal, no tiene efecto retroactivo, pero el delito se ha cometido con posterioridad y el crimen de genocidio es además imprescriptible en derecho internacional. Ahora o en cualquier momento, las víctimas pueden accionar.

Puede accionarse ahora denunciando a presuntos autores como Alan García, presidente de la República; a presuntos cómplices como Mercedes Cabanillas, ministra del Interior, y Ántero Flores-Aráoz, ministro de Defensa; a presuntos encubridores como José Antonio García Belaúnde, canciller, y Mercedes Aráoz, ministra de Comercio Exterior, todos ellos conforme a su comportamiento tras la masacre de Bagua y respecto a toda la política que condujera a ella. Se entiende la ansiedad mostrada estos últimos días por el Gobierno peruano respecto a la calificación de su política como genocida, igual que se entiende el alivio que ha manifestado al conseguir que el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, en visita oficial, opine que no aprecia la existencia de genocidio en el Perú. Esto, por supuesto, no prejuzga nada ni sienta presunción de inocencia particular ninguna. Se tiene la misma que justamente corresponde en todo caso de acusación penal.

Según el derecho penal internacional, la jurisdicción no compete a instancia ninguna no estrictamente judicial de Naciones Unidas, sino a la *Corte Penal Internacional*, la cual actúa con todas las garantías del debido proceso. He ahí la sede donde deberá sustanciarse una garantía para los derechos de los pueblos indígenas tan importante como la de carácter penal frente a quienes los conculcan gravemente. El caso del Perú podría sentar un precedente.

Perú, modelo genocida*

Genocidios han existido muchos y mucho antes de que existiera la palabra. El genocidio por América es historia conocida desde los tiempos del colonialismo europeo. Hay genocidios y genocidios, casos antiguos y casos modernos, modelos coloniales, modelos neocoloniales y hasta modelos postcoloniales. Perú ha sido un verdadero laboratorio de genocidios. Vuelve a serlo a pleno rendimiento generando en la Amazonía un modelo entre neocolonial, por la decisiva participación foránea, y postcolonial, por el entusiasta respaldo del Estado. El Perú de la segunda presidencia de Alan García se ha convertido en el paladín de este modelo.

Hay un modelo amazónico de genocidio que se genera en el siglo XIX. Consiste en la simple invasión del territorio para aprovechamiento económico prescindéndose tanto de la presencia de humanidad en el mismo como también de la riqueza de una naturaleza no inmediatamente aprovechable, de lo primero salvo a los efectos de explotación laboral descarnada. Es un modelo que arrasa con la humanidad y con la naturaleza de forma que el daño a la segunda resulta inescindible del perjuicio, letal a menudo, a la primera. La mortandad humana se incrementaba tanto por las prácticas laborales de un esclavismo violento como por la destrucción no sólo colateral de los medios de vida indígena. Un diplomático británico de nación irlandesa fue testigo y le contó al exterior la historia.

Me refiero a Roger Casement, famoso porque también desveló el genocidio belga en la cuenca del Congo, y a sus informes sobre las prácticas de la empresa británica *Peruvian Amazon Company* en la Amazonía, más concretamente en el Putumayo peruano. Fueron documentos oficiales que dieron lugar a la formación de una comisión en el Parlamento británico cuyas actas también se hicieron públicas. Con toda la importancia que podrían haber tenido para una toma de conciencia en el Perú y con la responsabilidad que también pudiera corresponder al Estado peruano, no tengo noticias de que el *Special Report from the Select Committee on Putumayo together with the Proceedings of the Committee, Minutes of Evidence and Appendices* (Londres, 1913) fuera traducido al castellano o de alguna otra forma difundido por América Latina. Sobre el conocimiento que se llegara a tener en algunos círculos peruanos, comenzándose por el Congreso, la Justicia y el Gobierno, no sé nada ni parece que nadie se haya preocupado hasta hoy por averiguarlo. He ahí, con la complicidad, como mínimo, del Perú, las evidencias de un flagrante genocidio antes de que la palabra existiera.

* Publicado el 23 de junio de 2009.

Ayer era por el caucho y hoy es por los hidrocarburos, con otros recursos naturales, siempre de por medio. La invasión depredatoria de la Amazonía ha proseguido y ahora cobra un auge renovado. Los métodos no son los mismos. Se configura un nuevo modelo. El Congreso y el Gobierno tienen un papel más activo produciendo la legislación y ejecutando las políticas no sólo de respaldo, sino también de impulso de la depredación. El esclavismo violento ya no es cosa practicable, aunque pueda todavía subsistir alguna que otra forma de trabajo forzoso. Pero la humanidad indígena ya está completamente de sobra para la codicia de unas empresas extractivas. Llevan consigo su propia mano de obra entrenada y aguerrida. Objetivo suyo es el desplazamiento o la reducción de la población indígena; su ideal, la desaparición o la extinción de esta presencia que consideran un estorbo. El exterminio directo tampoco es muy practicable a estas alturas. La intención de borrar del mapa toda una presencia humana es en todo caso paladina.

He ahí el nuevo modelo genocida para la explotación de la Amazonía. También ha sido descrito para el debido conocimiento tanto en el interior como en el exterior. La afectación de ignorancia ni cupo entonces ni cabe ahora. Ahora Roger Casement tiene el nombre, por ejemplo, de *Racimos de Ungurahui*, *EarthRights International*, *Amazon Watch* y *World Wildlife Fund*, las organizaciones que han elaborado el informe sobre el caso del pueblo achuar del río Corrientes: *Un Legado de Daño. Occidental Petroleum en Territorio Indígena de la Amazonía Peruana* (Lima, 2007). Sin necesidad de hacer uso de la denominación de genocidio, he ahí la descripción con todo detalle de un genocidio del modelo entre neocolonial y postcolonial, el característico ciertamente en la actualidad de la Amazonía peruana. No sólo describe la situación, sino que también dilucida responsabilidades, tanto las políticas como las empresariales, exponiéndose cómo y en qué medida se ha violado tanto el derecho internacional de los derechos humanos como la legislación peruana.

Esto último, el escollo de la legislación peruana, ha querido resolverlo Alan García, quien ha lanzado a continuación, desde la Presidencia de la República, el programa más decidido de invasión depredatoria de la Amazonía comenzando por producir un vuelco del derecho vigente en el Perú. Por allanarse el camino, se hizo habilitar por el Congreso a fin de proceder a un cambio radical de legislación, mediante un centenar de decretos en el tiempo acelerado de seis meses, con el objetivo en particular nada oculto de dismantelar las garantías existentes para los derechos indígenas que se interponen frente a la depredación. Bajo la presidencia de Alan García, tal política fue puesta en práctica por el Gobierno de Jorge del Castillo y ha sido mantenida por el de Yehude Simon, aunque éste pareció arrancar con otro discurso. Fuertes resistencias locales y serias advertencias internacionales no hicieron recapacitar. Con inenarrable entusiasmo, Alan García condujo su política de depredación de la Amazonía hasta provocar la masacre de Bagua en el intento vano de doblegar la resistencia indígena.

¿Ha sido Bagua un genocidio? No, ciertamente. Es sólo un episodio del genocidio. No hay genocidio porque haya muertos, sino que hay muertos porque venía cometiéndose genocidio, el genocidio del modelo entre neocolonial, por la decisiva participación empresarial foránea, y postcolonial, por el no menos decisivo papel político del Estado. Ha de reconocerse que Alan García ha perfeccionado el modelo al máximo que cabe. Doblegó a la legislación peruana, pero no es tan fácil doblegar a la resistencia indígena ni, a estas alturas, al derecho internacional de los derechos humanos, un escollo cuya entidad no se midió bien. Bajo Alan García, la Cancillería y las embajadas peruanas han desplegado una línea de apoyo a los derechos de los pueblos indígenas a nivel internacional como forma de encubrir las políticas internas. Ha sido la resistencia indígena la que ha puesto el juego en evidencia.

El modelo de genocidio neopostcolonial es de un tiempo en el que ya existe el nombre, no digo el adjetivo. El neologismo fue acuñado justo a punto para que pudiera utilizarlo la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que data de 1948. La misma tipifica como tal, como genocidio, no sólo el exterminio directo, sino también, por ejemplo, la *“lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo”*, siempre que sea con la intención de eliminarlo *“en todo o en parte”*, y el *“sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial”*. ¿No se ven aquí descritas las consecuencias inhumanas de las prácticas depredatorias de la Amazonía? ¿No está así tipificado como delito de lesa humanidad lo que había ocurrido y lo que ocurriría en la Amazonía peruana? Ciertamente es, pero ha de reconocerse que el efecto disuasorio de la Convención fue nulo, ya no digo del penalizador. En el Perú se perdió cuidado y pudo reactivarse el impulso económico genocida. Así ha podido llegarse hasta el perfeccionamiento del modelo por Alan García y hasta la sangre derramada en Bagua.

Que la masacre de Bagua no sea genocidio, sino tal sólo un episodio del mismo, es relevante a los efectos de rectificación y reparación. La misma legislación alangarcista ha sido un instrumento de genocidio y no el genocidio mismo. Quiere esto decir que, para una rectificación, no basta con derogar una serie de decretos lesivos de derechos ni tampoco con ofrecerle, como se debe, reparación a las víctimas de una masacre. Hay que erradicar la política genocida y reparar sus efectos, todos sus efectos, todos y cada uno de los daños y perjuicios ocasionados, los directos y los indirectos, por restitución o por compensación según resulte materialmente factible. ¿Para el futuro? Lo estipulado por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: consentimiento indígena libre, previo e informado con todas sus implicaciones.

En resumidas cuentas, las personas, las comunidades y los pueblos indígenas que han venido sufriendo el genocidio peruano tienen derecho no sólo a un ordenamiento conforme con el derecho internacional de los derechos humanos,

sino también a la devolución y saneamiento de sus territorios con resarcimiento por todos los daños de todo género que se hayan causado. Otra cosa representaría un paliativo sin capacidad siquiera para interrumpir la larga continuidad de unas políticas genocidas.

Finalmente, cabe añadir que la tipificación del genocidio por el Estatuto de la Corte Penal Internacional es la misma de la Convención y que el Perú tiene ratificados ambos instrumentos. Las eventuales responsabilidades criminales, sean políticas o empresariales, podrían consiguientemente depurarse por la Corte Penal Internacional (salvo en el caso de directivos o directivas de empresas no residentes en el Perú y nacionales de Estados que no tengan ratificado el Estatuto).

Una última sugerencia. Evitemos que el pasado inicuo se convierta en un futuro peor a través del presente indeciso. No nos preguntemos para qué ha servido la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Para una norma tan inoperativa hasta ahora, no es buena guía eso de mirar al pasado. Pues la Convención está completamente inédita en lo que interesa a pueblos indígenas, lo que hemos de preguntarnos es para qué puede y debe servir. Y obremos en consecuencia.

Perú: imputación de genocidio a jefe de Estado*

Va a hacer pronto un año, el 14 de julio del 2008, cuando la Fiscalía de la Corte Penal Internacional interpuso una acusación contra Omar Hassan Ahmad Al Bashir, presidente de la República de Sudán, “por genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra en Darfur”. Este mismo año, el 4 de marzo de 2009, la Corte o, más en concreto, su primera Sala de Cuestiones Preliminares ha cursado orden de detención contra el mismo por crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra sin mención del delito de genocidio. Durante el tiempo intermedio, se ha desarrollado en el seno de la Corte un intercambio de opiniones acerca de tal delito entre las tres magistradas o ministras que forman dicha Sala y la Fiscalía. El caso puede interesar al Perú.

Antes de suprimir de la acusación el delito de genocidio, la Sala debatió el asunto seriamente. Tras la orden de detención por el cargo de los otros delitos, la Fiscalía ha presentado un recurso argumentando extensamente contra la exclusión de la imputación de genocidio, recurso que no ha sido admitido, pero que conserva todo su interés. Aparte de la valoración de los indicios, el debate interno afecta nuclearmente a la concepción misma del delito de genocidio. La Sala insistió durante las actuaciones preliminares en la necesidad de que hubiera indicios suficientes para la prueba de la *intención*, de una intención específicamente genocida en el sentido de voluntad y determinación de asesinato en masa. A dos de las tres magistradas que forman la Sala de Cuestiones Preliminares, la apreciación de ese elemento subjetivo de la intencionalidad homicida en grado de dolo le parece clave no sólo a los efectos de la sentencia final, sino también ya para el cargo de la acusación.

La Fiscalía ha replicado con un triple orden de argumentos. Por una parte, alega que no hay razón para que el genocidio requiera un estándar más estricto que otros delitos en lo que toca a la apreciación de indicios para proceder a la acusación. De otra parte, estima que el dolo no debiera calificar tan estrictamente al tipo del delito y, aún menos, con requerimiento ya prácticamente de prueba a los efectos de efectuarse la acusación. Por último, también argumenta la Fiscalía que el genocidio puede cometerse por más medios que el asesinato en masa y que esto también debiera tomarse en cuenta para no calificar la intencionalidad como determinación homicida.

* Publicado el 26 de junio de 2009.

Este último argumento es por supuesto clave: “*ni como cuestión de hecho ni como cuestión de derecho, el homicidio directo es la única forma de cometer genocidio*”. La posición se fundamenta en la propia tipificación del delito por el artículo sexto del Estatuto de la Corte: “*A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial (...)*”. Es genocidio no sólo a), sino también b) y c), ha de recordarle la Fiscalía a la Sala.

Como he dicho, la decisión de excluir el delito de genocidio ha sido de mayoría, no unánime. La magistrada Anita Ušacka no sólo disiente, sino que presenta una extensa opinión para fundamentar su posición. En ella, entre otros particulares, se ocupa específicamente de los supuestos b y c de la tipificación internacional del genocidio. “*La destrucción de los medios de vida de las víctimas*” sin necesidad de exterminarlas directamente es un inequívoco supuesto de genocidio para esta magistrada de la Corte Penal Internacional. No hace falta así que se produzca una privación directa y completa de un medio tan necesario, por ejemplo, como el agua. Basta con que haya una política patentemente capaz de destruir los medios habituales de subsistencia.

¿Con la intencionalidad de lograrse la desaparición del grupo humano como tal? Evidentemente. Tal es un elemento del delito de genocidio. Pero una cosa es la determinación dolosamente homicida y otra es el conocimiento de que dicha desaparición se esté produciendo por efecto directo de las políticas que se promueven y el mantenimiento deliberado de las mismas. Según esta magistrada de la Corte Penal Internacional, aun cuando se mantenga el concepto más estricto del genocidio como aniquilación física o biológica, sería “*suficiente probar que la intención es la de destruir el grupo ya fuera por destrucción física, biológica, social o cultural*”. Una política de agresión cultural o social puede constituir el elemento subjetivo del delito de genocidio por desaparición final del grupo “*en todo o en parte*”. En suma, no hace falta intención específicamente asesina para que haya genocidio según esta interpretación operante en la Corte Penal Internacional.

No es la posición dominante, como ya puede verse por la misma decisión de la Sala de Cuestiones Preliminares. No lo es ni en la jurisprudencia ni en la doctrina internacionales. Incluso la más militantemente defensora de derechos humanos suele asumir el concepto más restrictivo del genocidio como eliminación física en masa con intencionalidad dolosamente homicida (véase por todos, pues resulta paradigmático, William Schabas, *Genocide in International Law*, Cambridge University Press, 2000). Cuando, por ejemplo, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, opina que en el Perú no está cometiéndose genocidio tiene tras

de sí, sustentándole, a la doctrina internacionalista imperante. El citado Schabas, director hoy del Centro para los Derechos Humanos de Irlanda, pontifica que en América nunca ha habido genocidio de pueblos indígenas porque jamás ha existido intencionalidad dolosa de exterminarlos mediante la violencia asesina.

Lo interesante, lo sumamente interesante, es entonces que en el seno de la joven Corte Penal Internacional puje una visión más conforme con los propios términos de la tipificación del genocidio en el derecho internacional. En su pulso con la Sala de Cuestiones Preliminares, la Fiscalía ha expresado la preocupación de que va a sentarse un mal precedente de no admitirse su interpretación para el caso del presidente de Sudán. Sería un precedente que dificultaría, si no es incluso que impediría, la persecución de los genocidios más usuales, que no son precisamente los de las matanzas monstruosas. Está cargada la Fiscalía de razón. ¿No convendría traer un caso de genocidio de pueblo indígena en América, uno de esos casos que Schabas considera poco menos que imposibles, ante la Corte Penal Internacional a fin de abrir brecha en lo que debiera ser la práctica judicial internacional desde hace sesenta años, esto es desde que se adoptó por Naciones Unidas la Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio? ¿No ha de ser una vía de protección de los derechos indígenas fundamentales la persecución del genocidio que se comete al conculcarlos gravemente?

Cuando se debatió en Naciones Unidas el proyecto de la Convención sobre el Genocidio hace sesenta años, Brasil se opuso a que se diera pie a la criminalización de las políticas asimilacionistas de pueblos indígenas, las políticas destructivas de sus culturas y apropiadoras de sus recursos. Los Estados americanos, todos ellos, y las por entonces potencias coloniales europeas (Gran Bretaña, Francia, Bélgica...) secundaron a Brasil, procediéndose a una poda del texto de la Convención para eliminarse el genocidio cultural o etnocidio. Quedaron en la descripción del genocidio los apartados b y c vistos (*lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*), pues la descripción de este delito por el Estatuto de la Corte Penal Internacional se limita a reiterar literalmente la aña de la Convención. Queda la posibilidad de traer ante ella, ante la Corte, casos de genocidio que se están cometiendo a lo ancho y largo de América.

Alan García Pérez es el actual presidente de la República del Perú. Ha adoptado con decisión e impulsado con energía una política de explotación de recursos que producen palmariamente en la Amazonía el *sometimiento* de comunidades y pueblos indígenas *a condiciones de existencia* que presagian *su destrucción física, total o parcial*. ¿Es este efecto *intencional*? Puesto ante la evidencia, Alan García se ha reafirmado en tal política. Incluso ha propugnado con alarde de publicidad la necesidad de prescindir de los pueblos indígenas para poderse explotar recursos de sus territorios. Potencia actividades extractivas que sabidamente socavan sus

modos de vida y envenenan sus medios de existencia. Ha desoído advertencias no sólo de las víctimas, sino también institucionales como las del propio Congreso o las de la Defensoría del Pueblo, advertencias de que su política está atropellando los derechos indígenas y quebrantando el derecho peruano. De parte indígena, una fuerte resistencia se ha planteado en términos de defensa de los propios derechos. Alan García Pérez ha conducido el conflicto a unos términos de enfrentamiento frontal con resultados de muertes. Sólo entonces, ante la constancia de que no consigue doblegar la resistencia indígena, ha comenzado a rectificar, sólo comenzado, pero no a recapacitar. Ahí, con todo, se tiene superado el test de la intencionalidad según lo define la magistrada Ušacka de la Corte Penal Internacional.

Tiene Alan García menos culpas por purgar que Omar Al Bashir, quién lo duda. No se le puede acusar de horrendos crímenes de guerra, pero no es tan seguro que no se le pueda imputar la comisión de genocidio (según los descriptores b y c referidos) o de alguno de los crímenes contra la humanidad que también ahora se tipifican por el Estatuto de la Corte Penal Internacional.

Interesa el cargo de genocidio por los propios indicios existentes en el caso y también porque es el tipo penal que conviene rescatar como garantía de los derechos de los pueblos indígenas por las Américas. No se puede esperar a que la Fiscalía de la Corte actúe de oficio en un caso tan inédito. Habría de prepararse a fondo la acusación para presentarla bien fundada a la Fiscalía.

Perú: ¿a qué llamamos genocidio?*

¿Qué entiende por *genocidio* un periodista peruano cuando pregunta si se ha cometido genocidio en el Perú? ¿Qué entiende por *genocidio* un relator especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas cuando responde negándolo en redondo? ¿Qué entiende por *genocidio* el canciller del Perú cuando se muestra ansioso ante la insinuación y aliviado con la negativa? ¿Qué se entiende por *genocidio* de parte indígena cuando se siente y se dice víctima? En definitiva, ¿qué hay en un nombre? ¿Qué se encierra en una palabra cuya sola pronunciación produce perplejidad, cerrazón, ansiedad y esperanza, ésta la de las víctimas en que el delito se castigue y los daños se reparen, en que se haga justicia, en suma?

Genocidio es un neologismo de mediados del siglo XX. Lo acuña en 1944 un jurista polaco, de nombre Raphael Lemkin, para identificar cuanto expone en una obra sobre el sistema nazi que lleva por título *Axis Rule in Occupied Europe: Laws of Occupation – Analysis of Government – Proposals for Redress* [Régimen del Eje en la Europa Ocupada. Normas de la Ocupación, Análisis del Sistema Político, Propuestas de Reparación]. Es obra que, frente a lo que suele hoy darse por entendido entre quienes la citan sin leerla, no trata de lo que luego se llamaría el holocausto, la matanza masiva y sistemática de judíos, eslavos, gitanos, africanos, homosexuales y un etcétera por parte del régimen nazi y de los gobiernos aliados. No trata de esto. Su autor ni siquiera le daba mucho crédito a las noticias todavía imprecisas que le llegaban del gobierno polaco en el exilio sobre el desenvolvimiento de dicha matanza a escala industrial. Lemkin acuñó la palabra *genocidio* para otra cosa, para algo relacionado pero distinto.

Axis Rule se ocupa de las políticas nazis *desnacionalizadoras* de pueblos *no arios* subrayando además ya de entrada que el mismo término de *desnacionalización* se queda corto para la envergadura, alcance y gravedad de dichas políticas. La obra se ocupaba de las políticas de socavamiento de culturas y desarraigo de pueblos para hacerlas y hacerlos desaparecer sin necesidad de eliminación sistemática de una parte suficiente de sus individuos a fin de conseguir dicho efecto, lo cual, esto último, les resultaba por entonces más bien inconcebible a quienes no eran dirigentes ni ejecutores nazis. A esto llamó Lemkin *genocidio* o también *etnocidio*, pues él fue quien acuñó igualmente este otro término, bien que como estricto sinónimo. Dicho con términos actuales, *genocidio* nació significando lo que hoy suele llamarse *genocidio cultural* o también, como cosa que ahora se diferencia del genocidio genuino, *etnocidio*. El genocidio genuino resultaría entonces el holo-

* Publicado el 27 de junio de 2009.

causto y no las políticas de las que éste, el holocausto, sería tan sólo un elemento. Todos estos son conceptos bastante posteriores.

Lo que debe entonces destacarse es que la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio se elaboró bajo la influencia directa y determinante de la concepción desarrollada por Raphael Lemkin en *Axis Rule*. El proyecto oficial del Secretario General la sintetizaba en la debida forma normativa. Los Estados coloniales, de un colonialismo externo desde Europa o también de un colonialismo interno por las Américas, Estados que por entonces formaban mayoría absoluta en Naciones Unidas, intentaron eliminar de la Convención lo que luego se llamaría genocidio cultural o etnocidio, lo cual pondría ciertamente en entredicho de ilegitimidad al propio colonialismo, pero no hicieron esto de forma que desapareciera toda traza ni muchísimo menos. Desde 1948, con la Convención sobre el Genocidio adoptada a finales de dicho año, el derecho internacional de los derechos humanos tipifica el genocidio como algo más, bastante más, que la matanza deliberada y masiva.

Recuérdese cómo quedó entonces y está hoy tipificado el delito de genocidio en el derecho internacional: “*cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”. Una de las formas del genocidio es la *matanza*. Hay otras, otras formas que tienen entidad propia, formas que no se reducen a modulación o cualificación de la matanza. Políticas que producen *lesión grave* de la *integridad física o mental* de *miembros*, por ejemplo, de pueblos indígenas con intención de hacerlos desaparecer, a los pueblos, en cuanto tales; políticas que los sometan a *condiciones de existencia* que acarreen a la corta o a la larga su *destrucción física, total o parcial*; políticas que persigan la transferencia de infancia y adolescencia de un pueblo a otro o de una cultura a otra poniendo en peligro su reproducción y subsistencia como tales pueblos o tales culturas, todo ello constituye por sí mismo, sin concurrencia de *matanza*, genocidio.

Dicho de otra forma y extrayendo una decisiva consecuencia, las políticas usualmente aplicadas a pueblos indígenas eran y son políticas genocidas. Es forma y es consecuencia que los Estados coloniales, sobre todo entre ellos, tras la década descolonizadora de los años sesenta, los Estados de un colonialismo interno, se han cuidado muy mucho de hacer desaparecer del mapa. El propio Lemkin negaba la posibilidad de aplicación de la Convención al caso indígena porque compartía plenamente la mentalidad colonialista para la que los pueblos indígenas no contarían con culturas que merecieran ser protegidas o que atribuyesen algún derecho de existencia en cuanto que pueblos o culturas con entidad propia.

Entendía incluso que la Convención sobre el Genocidio serviría para proteger a la población europea establecida en las latitudes colonizadas de África. Respecto al continente americano pensaba que se habían cometido genocidios durante los tiempos del colonialismo europeo, pero que éste no era el caso de los Estados que le sucedieron.

En resumidas cuentas para lo que importa a efectos prácticos, el colonialismo se conjuró para neutralizar el efecto anticolonialista de la Convención sobre el Genocidio. La descolonización presidida por Naciones Unidas desde 1960 no sirvió para poner en cuestión tamaña desvirtuación. El reto lo asume finalmente, desde el 13 de septiembre de 2007, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de Naciones Unidas, derechos que ahora precisan la debida protección internacional. Dentro de Naciones Unidas, hasta el momento presente, con la Declaración ya en vigor, sólo en el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas se ha planteado seriamente tal reto, el reto de recuperar el alcance genuino de la Convención sobre el Genocidio a efectos de la más eficiente protección internacional de los derechos de las personas, las comunidades y los pueblos indígenas.

Hay también ahora en Naciones Unidas un Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio. Su titular actual, Francis Deng, propugna un concepto amplio del genocidio a los efectos de su debida prevención. Plantea esta dilatación en términos de que debe atenderse la *percepción popular*, la percepción de que exista el peligro de genocidio o de que el mismo se haya consumado. No es una concepción que pueda decirse precisa, pero es sensible y resulta operativa. Para entenderla, ha de tenerse en cuenta que el mandato del Asesor Especial no le permite calificar unos hechos como genocidio, sino sólo alertar sobre indicios de que pueda producirse o de que se haya producido. Su tarea no es la de determinar si existe o no genocidio, sino la de establecer guías y atender señales para vigilar que no ocurra. En estas condiciones, parece una excelente idea la guiarse por los signos de la *percepción popular*, la percepción al fin y al cabo, en último término, de las víctimas.

La percepción popular resulta, ante todo, la percepción de las víctimas y, por tanto, en su caso, la de parte indígena. ¿Quiénes, si no, van a estar en mejores condiciones para percibir el peligro sobre la marcha? Son las víctimas por supuesto las primeras que pueden dar la señal de alarma. Por mucho conocimiento de derecho internacional que se tenga y por relevante que sea el mandato recibido en su caso de algunos de los organismos de Naciones Unidas, ningún experto o experta debiera descartar la posibilidad de genocidio si la *percepción popular* que es ante todo la de las víctimas está clamando otra cosa. No digo que se hubiera de concluir, ya sólo por esto, lo contrario, esto es que existe genocidio, sino que se debe tomar tal clamor como señal primaria de que puede haberlo. Determinar si hay genocidio en un caso concreto para procederse al enjuiciamiento de

responsables y a la reparación de las víctimas mediante el debido proceso sólo es competencia de la jurisdicción internacional, la jurisdicción en la actualidad representada principalmente por la Corte Penal Internacional y secundariamente por la Corte Internacional de Justicia.

Respecto al Perú, atiéndase con todo y ante todo la *percepción* de las víctimas, una percepción conforme a la cual, como puede acreditarse por testimonios e informes hechos públicos tanto antes como después de la masacre de Bagua, se viene cometiendo genocidio con anterioridad a esta misma y puede seguirse cometiendo tras ella aun cuando se ceda por la parte actora del delito derogándose algunas medidas y modificándose algunas políticas que conceden desde luego un respiro vital para las propias víctimas. Bagua entonces tan sólo constituye un eslabón en la cadena genocida. Y la coyuntura consiguiente de cierta revisión de normas y de políticas no resulta sino un relativo compás de espera, sólo relativo puesto que las empresas invasoras de territorios indígenas, a las que el derecho internacional de derechos humanos rehúye exigir cuentas, no se dan por enteradas.

A la pregunta del periodista perplejo porque se esté hablando de genocidio, si se me dirigiera, respondería que, a mi parecer, no es que se haya cometido genocidio en el Perú, sino que se está cometiendo. Agregaría que, ante la mentalidad probadamente supremacista e incluso profundamente racista de la clase actualmente gobernante, no parece que haya otro modo de acabar con la comisión de genocidio que por la vía penal internacional. Tampoco hay razón para la ansiedad del canciller peruano como si se sintiera difamado y perseguido. El caso no puede decirse que sea exclusivo. Si se me dirigiera la pregunta respecto, por ejemplo, a Chile o a Colombia, contestaría lo mismo.

Desplazamientos genocidas: caso Yakye Axa*

Hace cuatro años, a mediados de 2005, la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió sentencia sobre el caso *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay*, una sentencia favorable a la comunidad y condenatoria del Estado. Yakye Axa es una comunidad del pueblo enxet en el Chaco central que se ha visto desposeída expeditivamente de su tierra tradicional y reubicada precariamente en condiciones inhumanas de vulnerabilidad alimenticia y emergencia sanitaria. El nuevo asentamiento consiste en una estrecha franja de tierra junto a una carretera de tráfico pesado. La justicia paraguaya no había resuelto la consiguiente reivindicación del territorio expoliado, reivindicación que estaba tramitándose desde hacía más de una decena de años. Habiendo Paraguay mostrado una escasa voluntad de atención a la sentencia, ahora, a mediados de 2009, el Gobierno se decide a darle cumplimiento y el Senado se dispone a pararle los pies. En el Congreso de la República del Paraguay se ha tomado una decisión de desentendimiento y se adopta una postura de inhibición que pueden decirse ambas, decisión e inhibición, prevaricadoras. La Justicia le va a la zaga.

“El Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática. (...) Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad”. Así reza la sentencia de hace cuatro años. En una segunda sentencia interpretativa se ha acentuado el principio de que la comunidad reciba sus tierras originales mejor que otras alternativas. En voto particular el juez Antônio Cançado Trindade sienta que *“la entrega definitiva de las tierras a los miembros de la Comunidad Yakye Axa es una forma necesaria de reparación, que además protege y preserva su propia identidad cultural y, en última instancia, su*

* Publicado el 3 de julio de 2009.

derecho fundamental a la vida”. La identidad cultural requiere la devolución de las propias tierras y no la entrega de otras.

Es evidente que el plazo dado para la devolución de las tierras, el de tres años, se ha sobrepasado con creces, manteniéndose a la comunidad en dichas condiciones precarias e inhumanas. Y esto no puede todavía realizarse de inmediato. Ni siquiera se han iniciado los trámites precisos para poder llegarse a la devolución. En estas condiciones, con todo el retraso acumulado que habrá también de repararse, bienvenida ha de ser desde luego la determinación del actual Gobierno por cumplir con sus obligaciones internacionales, entre las que se comprenden por supuesto la ejecución de las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Paraguay ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos en 1989 y reconoció la competencia de la Corte en 1993. Paraguay no ha puesto en ningún momento en cuestión que la sentencia le vincule. Simplemente no ha tomado hasta ahora diligencias para darle cumplimiento.

Hay algo más en la sentencia, de un carácter general: *“El Estado deberá adoptar en su derecho interno, en un plazo razonable, las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que sean necesarias para garantizar el efectivo goce del derecho a la propiedad de los miembros de los pueblos indígenas”*. No sólo se trata de hacer justicia a una comunidad, sino también de producir derecho para unos pueblos, para todos los pueblos indígenas existentes en Paraguay. Sobre el término principal de referencia para esta producción de derecho no caben dudas. Es el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169) que Paraguay tiene ratificado desde 1993. También figura entre las obligaciones internacionales que Paraguay hasta ahora viene desatendiendo y que el actual Gobierno se ha comprometido por fin a asumir.

Naturalmente, es el Congreso el que tiene ante todo que ocuparse de la producción de un derecho de los pueblos indígenas conforme al Convenio 169, el mismo Congreso que mantiene una postura de desconocimiento no sólo del orden internacional que debiera vincularle, sino también del propio orden constitucional que habría más directamente de obligarle. La Constitución de Paraguay reconoce el derecho de las comunidades indígenas a sus tierras: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida. El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras, las cuales serán inembargables, indivisibles, intransferibles, imprescriptibles, no susceptibles de garantizar obligaciones contractuales ni de ser arrendadas; asimismo, estarán exentas de tributo* (art. 64). Ni esta previsión constitucional ha servido hasta el momento, con sentencia internacional y todo, para hacerle justicia en Paraguay a la comunidad Yakye Axa. No es único su caso o ni siquiera excepcional. Conviene por tanto no sólo considerarlo por sí, sino también reparar en su significación. Yakye Axa puede ser sinécdoque de todos los pueblos indígenas en Paraguay.

En la última sesión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, la de este año 2009, un grupo de organizaciones indígenas y alguna no gubernamental (*International Indian Treaty Council, International Organization of Indigenous Resource Development, The Assembly of First Nations, International Alliance of Indigenous Peoples and Tribal Peoples* y *Amnistía Internacional*) han dado la voz de alarma a la comunidad internacional, alegando ahora ante todo la violación de derechos reconocidos por la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada en septiembre de 2007. El comunicado conjunto manifiesta su preocupación porque las tierras no se hayan devuelto con la urgencia del caso, dentro del plazo establecido por la sentencia, agravándose con esto la situación de precariedad y, en suma, el verdadero riesgo para la supervivencia de la comunidad. El comunicado se hace eco de que el nuevo Gobierno paraguayo ya tenía presentada una iniciativa ante el Senado para la ejecución de la sentencia, pero acto seguido expresa el temor de que tal iniciativa no encuentre respaldo parlamentario o de que la misma sea desvirtuada en su paso por el Congreso.

El temor se está confirmando. Hace pocos días, a finales del mes de junio, la primera comisión del Senado que emite dictamen sobre la iniciativa del Gobierno, la Comisión de Reforma Agraria y Bienestar Social, comienza a sentar la pauta. Se ha pronunciado por mayoría en contra. Tras este pronunciamiento, no parece que la Comisión de Hacienda, Presupuesto y Cuentas vaya ni a tomar en consideración otra postura. La iniciativa gubernamental consiste en un proyecto de ley para la dotación de recursos a fin de poder procederse a la expropiación forzosa, mediante indemnización, de las tierras tradicionales de la comunidad y a la entrega correspondiente a manos indígenas. El Congreso no parece estar dispuesto a conceder ni un guaraní para este género de política por mucho que la Constitución lo disponga y por mucho que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también lo ordene. Para este paso de la dotación de un presupuesto, la sentencia había dado el plazo de un año cumplido ahora hace tres.

Respecto al otro mandato de la sentencia, el más general de elaboración de leyes que garanticen los derechos de los pueblos indígenas reconocidos tanto por la Constitución como por el derecho internacional de los derechos humanos, no existe disposición absolutamente ninguna del Congreso para hacerse cargo. Hay muestras sobradas de este rotundo rechazo. En lo que afecta a la comunidad Yakyé Axa, con la información que se tiene y la decisión que se toma, la Comisión de Reforma Agraria y Bienestar Social del Senado y, si sigue la pauta, todo el Congreso pueden incluso incurrir en conducta tipificada internacionalmente como genocidio (Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, art. 2: “b. *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*; c. *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*”). No sería la primera vez que Paraguay afrontase

esta acusación por parte de observadores internacionales (puede verse el libro *Los Aché del Paraguay: Discusión de un Genocidio*, IWGIA, 2008). Ahora, con la Corte Penal Internacional, cuyo Estatuto tiene ratificado Paraguay, es más fácil que la imputación sea formal.

Para cumplir la sentencia, la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado el camino de la expropiación mediante indemnización para la recuperación y devolución. Recuérdense sus palabras: “*El Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática*”. Un *objetivo legítimo en una sociedad democrática* es el de devolución de tierras que han sido ilegítimamente tituladas, ilegítimamente por carecerse de consentimiento de la anterior propiedad y por no haberse seguido el debido procedimiento para una justa indemnización en la expropiación producida de la comunidad indígena. Según la jurisprudencia de la misma Corte Interamericana de Derechos Humanos, al contrario de lo que presume la Constitución paraguaya en el artículo 64 citado (“*El Estado les proveerá*”), una comunidad indígena no es propietaria de sus tierras tradicionales porque el Estado le reconozca el título, sino que el Estado debe reconocer el título porque la comunidad es propietaria por derecho propio. La *legalidad* recae entonces de parte de la propiedad indígena sin necesidad de indemnización para la actual ocupación por muy legalizada que esta se encuentre por el propio Estado. Dicho de otra forma, la cuestión es de saneamiento de título, no de indemnización de una propiedad ilegítima.

El actual proyecto de ley parte del supuesto contrario, el de necesidad de la indemnización ciertamente señalada también por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Conforme a su propia jurisprudencia, la misma no pondrá ninguna objeción al saneamiento del título con el efecto de devolución de sus tierras a la comunidad indígena. El problema será entonces la justicia paraguaya, la justicia que se ha demostrado insensible ante la reivindicación territorial de la comunidad Yakye Axa y que será por ende receptiva a la reclamación de la propiedad ilegítima. No hay muchas esperanzas de que aprecie el valor vinculante de una sentencia internacional. Baste como muestra la posición de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Alguna sentencia suya se ha referido a la del caso Yakye Axa, pero no porque le preocupe el incumplimiento, pues de lo que se lamenta es de la mala imagen que ofrece Paraguay hacia el exterior al ser condenado por una jurisdicción internacional.

El Gobierno no cuenta ni con el Congreso ni con la Justicia, pero esto no le exime de sus obligaciones internacionales. La eventual prevaricación del Congreso y de la Justicia no debe servirle al Gobierno como coartada del incumplimiento de una sentencia particular y de un mandato general, el de producir derecho que garantice el derecho de los pueblos indígenas a sus tierras tradicionales. El Gobierno da muestras de su compromiso. Ha creado una Comisión Interinstitu-

cional para el cumplimiento de las sentencias internacionales, comisión formada por los ministros de Relaciones Exteriores, Justicia y Trabajo, Interior, Hacienda, Educación, Salud y el ministro Secretario de la Presidencia de la República. No hay participación judicial ni parlamentaria pues no se tiene la disponibilidad. El Gobierno además anuncia un Programa de Apoyo Integral a los Pueblos Indígenas de carácter asistencial tan sólo, pero que podrá atender las necesidades más perentorias de las comunidades en condiciones de crisis alimentaria y sanitaria. El problema volverá a estar en la dotación del presupuesto. La sentencia del caso *Yakye Axa* también condenó al Estado a proveer sustento a la comunidad mientras que no recibieran sus tierras, lo que se ha cumplido tan desigualmente que puede decirse que se ha incumplido, también esto.

¿Cómo podrá progresarse en tan adversas condiciones? La jurisdicción interamericana está capacitada para dictar sentencia, pero no para hacer ejecutar lo juzgado. Esto es cometido y obligación del Estado. ¿Cómo puede hacerlo un Gobierno con el Congreso en contra y sin el respaldo de la Justicia? La respuesta parece que ha de ser ciudadana e internacional, de concernimiento e impulso de la propia ciudadanía y de soporte y empuje de las instancias supra y transestatales, como la Organización de Estados Americanos, Naciones Unidas o también la sociedad civil global de organizaciones no gubernamentales y tantas otras. El Gobierno de Paraguay debe tener la certeza de que no está solo frente al racismo institucionalizado.

¿Hay genocidios pequeños? caso Charco La Pava*

Por numerosas latitudes de América Latina están emprendiéndose durante los últimos años proyectos corporativos con respaldo político o participación pública en una medida, de una magnitud y con un ritmo realmente sin precedentes. Van desde obras de comunicaciones hasta empresas de extracciones. Buena parte de estas actividades atraviesa o invade territorios indígenas, o les afecta negativamente de algún modo, sin tener en cuenta la existencia de gente por medio o, en otro caso, sobre todo cuando se trata de comunidades pequeñas, intentándose acuerdos compensatorios sobre hechos en trance de consumación, sin contarse nunca con el consentimiento previo. En aras ahora de un desarrollo que comienza por atropellar derechos, comunidades indígenas están siendo hostigadas, desplazadas, privadas de sus medios de subsistencia... Esto es en suma, como dice la Convención de Naciones Unidas sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, reducidas a un estado de “*sometimiento intencional a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*”. ¿Está América sembrándose de pequeños genocidios?

Veamos un caso significativo como lo son todos los casos. A mediados de 2007 el Gobierno de Panamá procede a conceder a la empresa AES-Panamá, filial de AES-Corporation, un área de más de seis mil hectáreas dentro de una zona protegida, la del Bosque Protector de Palo Seco, en la Reserva de la Biosfera La Amistad, para la construcción de represas hidroeléctricas a lo largo del cauce del río Teribe-Changuinola. Ahí viven comunidades indígenas, detalle que la concesión ignora olímpicamente. Es zona limítrofe de la comarca Ngöbe-Buglé, comarca autónoma reconocida por Panamá en 1997, y realmente parte del mismo territorio indígena, pero que no fuera incluida por ser área protegida debido a la riqueza de su biodiversidad. Ahora parte de ella se concede a dicha empresa sustrayéndose de las comunidades. Avanzado el año 2007, AES-Changuinola, nueva filial *ad hoc*, emprende las obras de una de las represas dejando clara su determinación de despejar la zona de indígenas. La Policía Nacional se pone a su servicio acosando a la comunidad Charco La Pava para que evacue. La misma se resiste y el acoso se recrudece. La empresa aprovecha la maquinaria pesada y el uso de explosivos para aterrorizar a la comunidad destruyendo plantaciones y viviendas. Y la acción coadyuvante de la Policía del Estado no ha cesado.

* Publicado el 10 de julio de 2009.

Ya desde finales de 2007, el caso produce una cierta movilización. Algunas organizaciones, como la Alianza para la Conservación y el Desarrollo, la Asociación Ecologista Panameña y la Asociación de Derecho Ambiental, comienzan a dar la voz de alarma. La protesta ambientalista concurre con la reivindicadora de derechos indígenas. Fue el inicio de una onda expansiva de círculos que se iban ensanchando. La alarma alcanza a Naciones Unidas. Desde principios de abril de 2008, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen a la sazón, tomó cartas en el asunto emitiendo comunicados de preocupación y poniéndose directamente en contacto y diálogo con el Gobierno de Panamá. A finales de enero de 2009, el nuevo Relator Especial, James Anaya, rinde una visita a la comunidad Charco La Pava, que le hace entrega de un relato por escrito de los padecimientos que se le vienen infligiendo para que abandonen el territorio y renuncien a sus recursos. En Ciudad de Panamá el Relator celebra una reunión con la Conapip (Coordinadora Nacional de Pueblos Indígenas de Panamá) en la que se le transmite que la situación de la comunidad Charco La Pava no constituye un caso excepcional dentro de Panamá.

A mediados de mayo, el Relator Especial publica su informe. Y efectúa sus recomendaciones, las cuales se cifran en *“que es necesaria una reevaluación del proyecto y la puesta en práctica de medidas correctivas, incluyendo el inicio de un nuevo proceso de diálogo y una serie de medidas preliminares en relación con el estado actual de la situación”*, medidas que podrían iniciarse con la suspensión de las obras: *“El Relator Especial recomienda que el Estado evalúe la posibilidad de suspender las obras de construcción de la represa”*. No descarta el Relator que, según abiertamente pretenden tanto el Estado como la empresa, la comunidad acabe siendo desplazada a un nuevo asentamiento, pues la reanudación de las obras acabaría implicando la inundación de su territorio, pero insiste en que a ello sólo puede llegarse mediante la consulta y con el consentimiento de la parte indígena. El Gobierno de Panamá respondió a los pocos días rechazando las recomendaciones.

Las comunidades del pueblo ngöbe Charco la Pava, Valle del Rey, Guayabal y Changuinola, todas ribereñas del Changuinola y afectadas por la construcción de la presa, habían traído ya el caso ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual, hace pocas semanas, a mediados de junio, emite medidas cautelares a favor de las mismas *“con el fin de evitar daños irreparables al derecho de propiedad y la seguridad del pueblo indígena Ngöbe”*. La suspensión de las obras ya no es una mera sugerencia, sino algo más cercano a un mandato: *“La Comisión Interamericana de Derechos Humanos solicitó al Estado de Panamá suspender las obras de construcción y demás actividades relacionadas con la concesión hasta tanto los órganos del sistema Interamericano de Derechos Humanos adopten una decisión definitiva sobre el asunto”*. El caso va a trasladarse por tanto a manos de jueces, los de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, pero hay urgencia pues el

Gobierno de Panamá se ha apresurado nuevamente a rechazar la indicación. Y la empresa acelera. Las medidas cautelares proceden “*en caso de gravedad y urgencia*” (Reglamento de la Comisión, art. 25).

AES-Corporation, la matriz de AES-Panamá y AES-Changuinola, despliega más cosas que sus actividades económicas, como un sitio en la red por ejemplo (<http://aes.com>). Ahí pueden por supuesto encontrarse noticias sobre las filiales panameñas. Atiéndase a lo que se nos notifica: “*AES-Panamá se atiene a la responsabilidad social hacia las comunidades vecinas de sus instalaciones. Se ocupa de proveerles de tendido eléctrico y suministro de agua potable, mejorando notablemente la calidad de vida de las comunidades indígenas. AES-Panamá ha lanzado el Proyecto de Historia de las Leyendas y Tradiciones Emberá-Wounaan, haciéndose cargo del folklore vivo de esta tribu indígena. Los antiguos relatos indígenas potencian muchos de los valores primordiales de la empresa AES, como los sean la importancia de la integridad y el cuidado por el medio ambiente*”. Sobre AES-Changuinola se nos hace saber que conduce un *Programa de Reasentamiento Participativo* con la satisfacción y el contento tanto de las comunidades indígenas como de las instituciones panameñas: “*AES ha cooperado y continuará cooperando estrechamente con los funcionarios de la Defensoría del Pueblo para mantenerlos informados sobre los avances en el Programa de Reasentamiento*”.

Decir en este contexto *reasentamiento participativo* es como decir expolio consentido a la fuerza o asesinato por suicidio. He aquí el oxímoron con el que puede aparentarse cumplimiento de la recomendación del Relator. ¿Quién iba a decir que bajo ese género tan redicho de literatura empresarial se encierra el intento de cometer algún que otro pequeño genocidio, genocidios al cabo? Por supuesto que no todo genocidio es un megagenocidio, genocidio de más de diez millones de seres humanos como los más cercanos de Bélgica por la cuenca del Congo hace cosa de un siglo y de la Alemania nazi por Europa hace menos, pero nadie ha dicho que a cometer genocidio se llegue por redondearse algún número elevado de muertes. No hace falta que el proyecto sea megaproyecto. La Convención sobre el Genocidio habla de *grupo nacional, étnico, racial o religioso*, no de megagrupos, y de destrucción *total o parcial* del grupo en cuanto tal, no de la eliminación de todas y todos, de cada uno y cada una de los miembros del grupo hasta el hallazgo del último de los cadáveres por Panamá o por el Perú, por Chile o por Colombia. Las respectivas élites políticas andan ansiosas de desarrollo. ¿Es que no cabe sin atropello de derechos y sin genocidio de indígenas?

Habla también la Convención de *la intención de destruir, total o parcialmente*, al grupo, de esta simple intención. La Corte Internacional de Justicia requiere que haya intencionalidad específicamente exterminadora, pero esto no lo dice la Convención. Hay *intención* en la negativa a cumplir unas medidas cautelares *de gravedad y urgencia* cuando estas revelan la constancia de que unas políticas ponen en peligro la subsistencia de unas comunidades en cuanto tales. Natural-

mente que ni Panamá ni Perú, ni Chile ni Colombia, quieren extinguir a *grupos* indígenas, sino que su intento es tan sólo el de privarles de territorio y recursos, pero el genocidio sucede ante sus ojos con conocimiento tanto de causa como de efectos y, por tanto, con *intención* bien acreditada.

¿Fronteras genocidas? casos Wixárika... y Guaraní *

La comunidad wixárika o huichol de Bancos de Calitique o de San Hipólito arrastra desde hace algunos años una reclamación por tribunales mexicanos y por instancias internacionales. Los primeros le quitan la razón que las segundas le conceden. En marzo de este año la Organización Internacional del Trabajo ha emplazado al Gobierno de México a que resuelva de una vez por todas a favor de la comunidad tal y como corresponde en derecho o, al menos, en el derecho internacional de los pueblos indígenas. La reclamación es de tierras. El problema para el caso Bancos es de escisión del pueblo wixárika por las fronteras de los estados mexicanos de Jalisco y Durango, un problema de división de pueblos indígenas por demarcaciones internas de los Estados muy usual a lo ancho y largo de América Latina. ¿Qué dicen al respecto el derecho constitucional mexicano y el derecho internacional de los pueblos indígenas?

Takiekari Peyeniére, Madre Tierra en taniuki o wixárika, está herida por el corte geográficamente invisible y políticamente incisivo de unas fronteras interiores de México, de hecho entre los estados de Jalisco, Durango, Nayarit y Zacatecas. La herida sangra desde que se infligiera no hace mucho. Que interese al caso Bancos, en 1968, Tatei Kie o San Andrés Cohamiata se dividió entre el municipio de Mezquitil, Durango, donde quedaba ahora Bancos con otras dos comunidades, y el municipio de Mezquitic, Jalisco, donde permanecía el resto de San Andrés Cohamiata. La presión desde el estado de Durango de intereses no indígenas provocaron la escisión y dejaron sin titulación sobre el grueso de sus tierras a las comunidades escindidas. Por aquellos años se efectuaron en la zona segregaciones similares del territorio wixárika también a favor de los estados de Nayarit y Zacatecas. Bancos es el caso que se ha hecho más famoso por la entidad del despojo que sufriera y por la reclamación que ha progresado ante instancias internacionales. Carlos Chávez, miembro de la Asociación Jalisciense de Apoyo a Grupos Indígenas y abogado del caso, acusa el golpe asestado al pueblo wixárika: “Entonces subyugaron la lógica de los asentamientos de identidades culturales, incluso de ecosistemas”.

Es argumento que por lo visto nada vale ante la jurisdicción competente en México, la agraria, pese a que la Constitución mexicana en su artículo segundo reconoce la unidad de cada pueblo indígena y, por tanto, de las comunidades wixaritari o huicholes en un solo pueblo wixárika: “Son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural,

* Publicado el 13 de julio de 2009.

asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres”, así como a continuación reconoce el derecho del pueblo a la propia determinación dentro de México y no dentro de cada estado mexicano: “*El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional*”. Sobre tierras, la jurisdicción competente es la agraria, una jurisdicción sin competencias respecto a asuntos de ese rango constitucional y que además no se las toma, como debiera, para interpretar la legislación pertinente a la luz de tales principios constitucionales de unidad y determinación de los pueblos indígenas.

El caso Bancos ha llegado a la Organización Internacional del Trabajo (OIT) dentro de la reclamación de las comunidades indígenas huicholas de Jalisco solicitando la reintegración del territorio de San Andrés de Cohamiata hoy dividido por lindes con los estados de Durango y de Nayarit. La reclamación llega por mediación sindical, del Sindicato Nacional de los Trabajadores de la Educación en concreto, pues no se le reconoce legitimación a comunidad o a pueblo indígenas para actuar por sí mismos ante dicho organismo internacional. Desde 1998 está el mismo instando reiterada y vanamente a México para que, conforme al Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169), reconozca el derecho y garantice la reintegración de la propiedad de San Andrés de Cohamiata sobre sus tierras tradicionales. En 2007, respecto al caso de Bancos, se suman las voces de tres relatores especiales de Naciones Unidas, el de derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, el de vivienda adecuada o digna y el del derecho a la alimentación.

Se entiende que haya habido pronunciamientos de los relatores sobre vivienda y sobre alimentación junto al del Relator sobre derechos y libertades indígenas. A estas alturas, las gentes de Bancos no tienen título de propiedad ni sobre las tierras que cultivan ni sobre los solares de sus viviendas. Todo está finalmente titulado a favor de San Lucas de Jalpa, la localidad no indígena contigua en el estado de Durango. Lo más que se le ha llegado a reconocer dentro de México a la comunidad de Bancos, por vía de la justicia administrativa, es la mera posesión, no la propiedad, del terreno que ocupa. Conforme a la tipificación literalmente coincidente de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y del Estatuto de la Corte Penal Internacional, las condiciones que con todo se han creado pueden ser de por sí genocidas. México es signatario del Estatuto y sus ciudadanos y ciudadanas, políticas y políticos, están por tanto sometidos a la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

La OIT ha remitido a México en marzo de este año, el de 2009, una observación particular dedicada toda ella al caso San Andrés de Cohamiata, el de Bancos incluido, demandando una respuesta diligente dentro de este mismo año. El dictamen que contiene es realmente categórico. Sobre el derecho de propiedad territorial wixárika no puede prevalecer el reconocimiento y registro oficiales de títulos en favor de otras entidades o personas por muy legalmente

que se haya procedido y por muy legales que resulten para México tales derechos de terceros sobre tierras indígenas. Este valor dominical de un tracto de ocupación es “*pedra angular*” del derecho territorial indígena reconocido por el mismo México mediante la ratificación del Convenio 169. No vale alegar que la titulación no indígena data en su mayor parte de momento anterior a la entrada en vigor de un instrumento que tendría así un indebido valor retroactivo (el Convenio se ratificó por México en 1990 y entró en vigor a principios de septiembre de 1991), pues de lo que está tratándose es de unas consecuencias que se mantienen vivas. La OIT no admite la consumación del expolio por muy legal que haya sido según el derecho mexicano.

Se atiene la OIT a su Convenio, pero conviene añadir otras normas y reglas de carácter también internacional. Pues estamos en América, miremos también al derecho interamericano que vincula igualmente a México. Entre los casos *Awas Tingni versus Nicaragua* (2001) y *Saramaka versus Surinam* (2007), la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha construido el derecho territorial indígena como un derecho de título propio, con base en el propio uso y por tanto no dependiente del reconocimiento y registro por parte del Estado. Es función obligada y no facultad discrecional del Estado reconocer y registrar tal derecho con la titulación de las tierras indígenas, exactamente lo que se resiste México a hacer en el caso *wixárika*. Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos ese derecho indígena está reconocido por el artículo sobre *propiedad privada*, el 21, de la Convención Americana de Derechos Humanos, y esto con la diferencia referida: la propiedad indígena es propiedad, verdadera propiedad, por título propio indígena. Es el dominio territorial derecho humano, estrictamente humano, de las personas, las comunidades y los pueblos indígenas.

En el ámbito más general del derecho internacional de los derechos humanos la posición *wixárika* se refuerza notablemente gracias a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en la que no sólo aparece el derecho territorial, sino también el derecho a la libre determinación sobre el propio territorio, contexto en el que cobra todo su valor el principio de que la propiedad indígena se sustenta en título indígena. En consecuencia, la división del territorio *wixárika* entre los estados de Jalisco, Durango, Nayarit y Zacatecas fue nula de pleno derecho y debe por tanto reconstituirse la territorialidad del pueblo indígena, con lo que el caso Bancos quedaría resuelto como capítulo que es del caso *wixárika*. Por lo citado del artículo segundo de la Constitución mexicana pudiera pensarse que la misma sintoniza plenamente con dicho planteamiento del derecho internacional de los derechos humanos, pero no es así en absoluto, sino todo lo contrario exactamente. Aquí radica el problema de fondo para una resolución del caso Bancos y de otros tantos similares de una forma plenamente satisfactoria en los términos debidos, los términos de derechos.

Tras haber reconocido la unidad de cada pueblo indígena y el derecho correspondiente a la libre determinación, la Constitución de los Estados Unidos Mexica-

nos, que tal es su nombre oficial, dispone en su mismo artículo segundo: “*El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas*”. Para que pueda mejor apreciarse, he aquí la secuencia de los pasajes constitucionales citados: “*Son comunidades integrantes de un pueblo indígena aquellas que formen una unidad social, económica y cultural, asentadas en un territorio y que reconocen autoridades propias de acuerdo con sus usos y costumbres. El derecho de los pueblos indígenas a la libre determinación se ejercerá en un marco constitucional de autonomía que asegure la unidad nacional. El reconocimiento de los pueblos y comunidades indígenas se hará en las constituciones y leyes de las entidades federativas*”, éstas son los estados internos con el despliegue consiguiente de fronteras interiores. Es la misma Constitución federal la que de este modo ratifica la clausura y división de los pueblos indígenas entre las fronteras de los estados federados, la clausura y división de unos pueblos de los que acaba de predicarse unidad y libertad, los derechos a la reconstitución y a la libre determinación.

Pues resultará sumamente ilustrativo, procédase al contraste de la Constitución de Bolivia, la cual pone en cambio los medios para la reintegración y determinación de los pueblos indígenas. Pero esto es la excepción y no la regla. La situación usual por América Latina es la de escisión de los pueblos por fronteras no sólo internacionales, sino también internas. En la misma Bolivia un difícil reto para el desarrollo de la Constitución es el de evitar que los departamentos de mayoría no indígena de signo supremacista sigan enclaustrando y subordinando a las comunidades indígenas e impidiendo así la reconstitución de los respectivos pueblos. Y a esto se añade, como en el caso del pueblo guaraní entre Bolivia, Paraguay, Brasil y Argentina, el reto de la escisión de pueblos por fronteras de Estados, reto muy superior, reto realmente arduo pues no está bien resuelto ni por el derecho internacional de los derechos humanos. En el caso guaraní concurre el expolio prácticamente de la totalidad del territorio exacerbando unas condiciones de lo más genocidas después de la matanza bruta.

Rodolfo Stavenhagen, el anterior Relator Especial sobre derechos y libertades indígenas, apuntó expresivamente en el informe de su visita a México que la Constitución mexicana “*encierra con candados*” el derecho indígena a la libre determinación. Carlos Chávez, el mencionado abogado del caso wixárika, considera que el derecho mexicano no contempla forma alguna de hacer valer los derechos de los pueblos indígenas, unos derechos que México asume en teoría. ¿Por qué no se habilitan unos procedimientos? Responde: “*Políticamente no lo quieren hacer porque son centenares de pueblos que quedaron en esta situación, y al momento de sentar precedentes de este tipo, darían serios dolores de cabeza en todo el país e incluso fuera de México*”. Desde luego, también fuera de México. *Takiekari Peyeni* no es la única Madre Tierra con heridas profundas por sanar. Ya que hemos comparado con Bolivia, pregúntese a la *Pachamama* andina, la Madre Tierra de los Andes y de alguna parte de la Amazonía.

Genocidios cotidianos: caso Mapuche*

El pueblo mapuche puede ser representativo, por ser el caso más conocido, de la cantidad de pueblos indígenas que resistían independientes cuando el colonialismo europeo fue pasando el testigo del propio dominio colonial a los Estados que se iban constituyendo por América hace cosa de doscientos años o, si se prefiere, cuando esos flamantes Estados le arrebataron al colonialismo europeo ese testigo. Pueblos indígenas independientes había por entonces desde Alaska hasta Tierra de Fuego en un número que hoy no suele apreciarse, ya no digamos observarse, ni por la historiografía académica ni, lo que es peor, por la enseñanza de historia. En el caso mapuche, pese a la independencia de los pueblos de la Patagonia al sur del Bío-Bío y de los de Tierra de Fuego, la Constitución de Chile declaraba en 1822 que su territorio se extendía sin interrupción por continente y por islas desde Atacama al Cabo de Hornos. He ahí el genocidio potencial o virtual que se haría bien real antes de finales del siglo XIX y que, como el de otros pueblos resistentes y no extintos, aún puede proseguir hoy. Entre los pueblos extintos están los australes de Tierra de Fuego.

En el caso mapuche, la independencia era más patente hace cosa de doscientos años pues había sido reconocida por el colonialismo español y hubo de reconocerla la élite de hacendados chilenos tras el intento fallido de conquista del Mapu. Chile –esa élite– sucedió a España en el entendimiento de que los pueblos indígenas carecían de derechos que no dependieran de la concesión o tolerancia chilena o española o, dicho de otro modo, en la presunción de que España y luego Chile contaban con el derecho a conquistar y dominar los territorios indígenas. Chile se resignó durante algunas décadas a la frontera del Bío-Bío, pero su Constitución nunca la reconoció y la sociedad no indígena ejerció su presunto derecho a ir invadiendo el Mapu por vías misioneras y comerciales, por encima de lo que admitía y controlaba el pueblo mapuche, en tanto que no se estuviera en condiciones de emplearse con éxito la fuerza de las armas. Al margen de la Constitución, el presidente de la República procedía a acordar tratados con el pueblo mapuche que la parte indígena justamente entendía como reconocimiento recíproco de independencia, de la de Chile por Wallmapu y de la de Wallmapu por Chile, mientras que la parte no indígena sesgadamente los entendía como expresión de una situación transitoria que favoreciese la penetración y un compás de espera que desembocase en la conquista. Wallmapu es el territorio mapuche de la vertiente andina del Pacífico, el que hoy, tras la conquista, es parte de Chile.

* Publicado el 14 de julio de 2009.

Todas las presunciones que caracterizan al genocidio potencial estaban operando a pleno rendimiento por impulso de Chile a mediados del siglo XIX, pero no se daban las condiciones para que el genocidio se consumara mientras que el pueblo mapuche defendiese y mantuviera su independencia contra viento y marea, el viento chileno y la marea internacional. Compartiendo las mismas presunciones del derecho a la conquista y al genocidio, ningún Estado ni europeo ni americano reconocía al Mapu, al pueblo mapuche de ambas vertientes de los Andes, como constituyente de un Estado independiente. El derecho internacional del siglo XIX avalaba tales presunciones potencialmente genocidas y no prestaba por lo tanto ninguna garantía a los pueblos indígenas ni independientes ni dependientes en América ni en ningún otro sitio. Era aquel derecho internacional el derecho de los Estados colonialistas, inclusive a efectos internos de los Estados independientes de América.

El genocidio se precipitó en su forma más sanguinaria. En connivencia con Argentina, organizándose en secreto la conquista coordinada de todo el Mapu, el cisandino y el trasandino, Chile invade a sangre y fuego. Preparaba la conquista desde los años sesenta del siglo XIX y la consuma, mediante el arreglo con Argentina, en la primera mitad de los ochenta. En la historiografía argentina se habla de la *Conquista del Desierto* (la bien llamada conquista del mal llamado desierto), como si no hubiera sido sometimiento de gentes y matanza de personas. Chile, una vez que domina a Wallmapu, emprende con éxito limitado una política de reducción indígena a núcleos de población para concluir con el control mapuche del territorio mediante ocupación dispersa. Se produce al tiempo una confiscación masiva. No hay declaración formal de titularidad fiscal de las tierras y recursos de Wallmapu, pero Chile se comporta desde los años ochenta como si tal cambio de propiedad se hubiera efectuado.

Chile contraviene y pervierte incluso sus propias leyes, como una de 1866, ley que reconocía la propiedad mapuche disponiendo su deslinde y titulación, a cuyo efecto había de constituirse una llamada Comisión Radicadora sin participación mapuche, y una ley que declaraba fiscal tan sólo las tierras que se comprobasen al final vacantes. He ahí en todo caso una instancia que habría de actuar como juez y parte. Mientras menos tierras se reconocieran a los mapuche, más tierras que se apropiaba el Estado. La Comisión Radicadora acabó efectivamente funcionando, pero con inversión del planteamiento, tal y como si, tras la conquista, todo el territorio fuera fiscal y a los mapuche se les reconociera tierras no por derecho propio, sino por título de *merced*. El Estado dispuso de las tierras para donarlas a colonos europeos, impulsando el *blanqueamiento* de la población, y después, sólo después, radicó a los mapuche en las tierras sobrantes. No se había concluido el proceso de radicación mapuche y ya, de inmediato, se estaba proponiendo la división de la propiedad comunitaria para reducirla a propiedad individual. Chile, con todo, actúa como si nunca jamás hubiera existido derecho

político ni derecho dominical mapuche. La resistencia mapuche de la primera mitad del siglo XX impidió que tales políticas se desarrollasen hasta sus últimas consecuencias. La postura mapuche se cifra en la defensa de la propiedad comunitaria como sustentación del pueblo.

Un breve paréntesis se vive entre 1970 y 1973 con la política de reforma agraria del gobierno de Salvador Allende que permitió cierta recuperación mapuche de tierras. El proceso se truncó violentamente por el sangriento golpe de estado del 11 septiembre de 1973. Terratenientes, carabineros y militares se ensañaron con los mapuche que habían osado recuperar tierras, un capítulo de racismo y genocidio brutales que la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación sobre los crímenes de la dictadura, comisión de carácter oficial, no ha sabido o no ha querido registrar. El régimen de Pinochet aplicó en territorio mapuche una sistemática política de liquidación de la propiedad comunitaria. Hasta tres mil comunidades fueron pulverizadas en más de cien mil hijuelas de propiedad individual. Un plan aplicado rigurosamente con fondos del Banco Mundial, que no es la única institución de la órbita de Naciones Unidas que respalda e incluso impulsa en Chile políticas genocidas hasta el día de hoy. La intención genocida llegaba a exhibirse abiertamente. La primera versión del decreto privatizador, de 1978, afirmaba sin ambages que, una vez divididas sus comunidades, los mapuche “dejarán de ser indígenas”, supuesto comprendido en el tipo delictivo definido por la Convención de Naciones Unidas para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. El genocidio fue uno de los delitos imputados en la causa fallida abierta en España contra el dictador Pinochet.

El movimiento mapuche contemporáneo surge en oposición a la dictadura, a esa política dictatorial de pulverización de comunidades mapuche. Fue el mapuche el primer sector social que se movilizó internamente como tal contra el régimen pinochetista. El caso tuvo eco internacional. La oposición chilena a la dictadura –la misma que después gobernaría sin cambio de fondo de tal género de política– utilizó ampliamente el drama mapuche para obtener la repulsa internacional y la sucesión de condenas al régimen de Pinochet por la Asamblea General de Naciones Unidas. Las resoluciones de la Asamblea referentes a Chile sistemáticamente incluyen, desde 1980 a 1989, alegación y defensa de los derechos de los mapuche. La acción de la dictadura que así se repudiaba fue mucho más allá de la liquidación de la propiedad comunitaria. El Estado promovió y financió la invasión empresarial de Wallmapu. No todas las tierras restituidas a manos indígenas por la reforma agraria y nuevamente arrebatadas de ellas por obra de la dictadura se restituyeron a los latifundistas. En su mayor parte fueron rematadas a consorcios forestales, que recibieron además cuantiosos subsidios para explotar el territorio.

Lo que viene a continuación de la dictadura es la prosecución de la invasión empresarial de Wallmapu mediante la misma política de concesiones empresa-

riales del Gobierno chileno, un gobierno que, dictatorial o constitucional, presta un constante e incondicional respaldo a las empresas frente a la resistencia mapuche. Construcciones de represas desplazan y desestructuran comunidades; plantaciones forestales de especies extrañas al medio esquilman la tierra y agotan los acuíferos... El Mapu se hace literalmente invivible para las familias mapuche resistentes. Ante la resistencia mapuche la sociedad chilena no indígena, empezando por los media, reacciona con las peores armas del racismo más agresivo. El Estado chileno no se queda por su parte con los brazos cruzados. En tiempo ya constitucional, mantiene la legislación antiterrorista de la dictadura de signo ella misma terrorista para su aplicación selectiva a la resistencia mapuche. El Gobierno chileno pretende que así responde a la alarma social que ésta provoca, justificando así la discriminación como afronta unos mismos actos según se comentan por indígenas o por no indígenas. El racismo social alimenta al racismo institucional y viceversa. El genocidio cotidiano está plenamente socializado e institucionalizado en Chile.

La alarma internacional vuelve a encenderse. Algunas instancias de Naciones Unidas, como la nueva del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, y organizaciones no gubernamentales, como la Federación Internacional de Derechos Humanos, visitan e informan. Denuncian acciones sustancialmente genocidas sin calificarlas formalmente como tales. La cotidianidad del genocidio dificulta su percepción. En todo caso, los hechos están a la vista. El Gobierno de Chile no se mantiene pasivo. Lee los informes y hasta responde a ellos cuando son oficiales, como el del Relator. Amaga atenderlos. Sin embargo, en vez de rectificar ni en lo más mínimo, se lanza a operaciones de encubrimiento. Sin cambiar de política, ratifica el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, presta apoyo en Naciones Unidas a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y emprende una reforma constitucional para el reconocimiento de los pueblos indígenas, pero no de sus derechos. Es una reforma que, si progresa, no supondría ningún problema para la prosecución de las políticas de genocidio cotidiano. ¿Se hace invivible el Mapu por la penuria ahora, por ejemplo, de recursos acuíferos? La reforma constitucional prevé el reconocimiento del derecho, no al agua misma y a sus fuentes, sino a participar en su aprovechamiento, en el aprovechamiento de las aguas entonces residuales, enfangadas y contaminadas por las empresas forestales. Hay también agencias de Naciones Unidas inspirando, apoyando y hasta financiando toda esta batería de políticas.

A comienzos de 2001 el Gobierno de Chile emprende una vía más sofisticada de encubrimiento. El presidente de la República, apropiándose de una iniciativa mapuche, dispone la constitución de una llamada *Comisión de Verdad Histórica y Nuevo Trato*, la cual trabaja en paralelo y sin prestar oídos a la más violenta

campaña de represión contra el pueblo mapuche con aplicación de la legislación antiterrorista. Es una comisión distinta a la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, antes mencionada. A finales de 2003 la de *Verdad Histórica y Nuevo Trato* presenta su informe, del cual el Gobierno, salvo hacerlo público, no ha prestado atención alguna. Habla de genocidio. Califica como tal explícitamente la extinción de los pueblos indígenas de Tierra de Fuego por acción de Chile, pueblos como el aónikenk y el selk'man. ¿Y los pueblos que, como el mapuche, Chile, por mucho que se ha empeñado, no ha conseguido extinguir? Se describe el tratamiento despiadado al que se les ha sometido, requiriéndose incluso reparación, pero respecto a ellos nada se dice de genocidio. El genocidio de pueblos indígenas no extintos, como el mapuche, lo encubre así el informe. Lo cual alcanza sus consecuencias prácticas. El genocidio es imprescriptible, pero no otras acciones que no se califiquen como tales. Por esta vía de argumentación jurídica el informe revalida el expolio del pueblo mapuche: “*No se le escapa a la Comisión que esas situaciones -reprochables en su origen- han sido saneadas, desde el punto de vista del sistema legal, por la prescripción*”.

Para la República de Chile, no hay *verdad histórica* que valga ni *nuevo trato* por adoptar. El trato sigue siendo el cotidianamente genocida. Si todavía se abriga alguna duda, visítase el Wallmapu. Todo el encubrimiento oficial y social del Chile no indígena no consigue velar enteramente la evidencia sangrante de las políticas genocidas de ayer y de hoy. Otros numerosos pueblos indígenas que han sufrido y sufren una misma consumación de genocidio arrancando de tiempos tan recientes están menos a la vista.

¿Hay genocidio meramente potencial? empresas, gobiernos, indígenas*

Cuando un gobierno procede a una concesión a empresa sobre territorio no fiscal generalmente acomete unas actuaciones preliminares, más o menos como estas: declaración de utilidad pública, expediente de expropiación forzosa, fijación de justiprecio e indemnización, por lo común, previa. Son actuaciones que responden a la garantía constitucional del derecho de propiedad. Hay una importante excepción de práctica bastante extendida, aunque no suele reconocerse, por América Latina. Si el territorio es indígena, se procede como si la tierra fuera fiscal y además como si no la habitara nadie. Ya se las arreglará luego la empresa con el respaldo del gobierno, no raramente planteando en ese punto conversaciones y compensaciones para la evacuación. ¿No es esto genocidio potencial o virtual que debiera disparar la alarma de la posibilidad de genocidio real?

¿Cómo puede darse por entendido bastante pacíficamente, con raras objeciones salvo la indígena afectada, que la propiedad indígena no merece protección del Estado, ni constitucional ni otra, o que incluso la presencia indígena, a menudo de siglos, resulta irrelevante para el uso ajeno de su territorio y sus recursos? La cosa viene de lejos y se llama derecho colonial de conquista. Hay un libro de un jurista e historiador indígena que expone y analiza las raíces: *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest* (El Indígena Americano en el Pensamiento Jurídico Occidental. Discursos de la Conquista) de Robert A. Williams, Jr. (Oxford University Press, 1990). En los fastos bien nefastos del Quinto Centenario se tradujo al castellano prácticamente todo lo que corría sobre 1492 en otras lenguas, salvo ese libro de Rob Williams de edición nada escondida. Por algo sería. Por algo es que no se disponga todavía a estas alturas de traducción.

Ahí, en ese libro, se tiene la exposición más aguda y descarnada de cómo Europa inventó, con la imagen del indígena, el derecho de expansión y conquista en beneficio exclusivo propio empleándolo concienzuda y sistemáticamente para el caso de las Américas. El libro concluye con la adopción expresa de dicho derecho de conquista por la Suprema Corte Federal de los Estados Unidos de América, pero el recorrido que expone interesa también al caso de América Latina. Por aquí, no suele alardearse del mantenimiento y aplicación de ese derecho con alharacas constitucionales. Excepciones hay siempre. Ahora, los fastos que se están programando para el Segundo Centenario de las Independencias se augu-

* Publicado el 17 de julio de 2009.

ran también nefastos para recobrar la memoria debida, nefastos por el empeño en conservarla oculta.

No se trata tan sólo de un derecho unilateral a la conquista efectiva de territorios ajenos con eliminación, desplazamiento o sujeción de sus gentes. Había y puede haber algo más. El mismo derecho se planteaba ante todo en términos potenciales o virtuales. Bastaba que el europeo, fuese castellano o vasco, inglés o escocés, portugués o francés, escandinavo o italiano, irlandés o ruso, pusiera en plan colectivo su pie en América para que se encontrase investido con el derecho a la conquista, un derecho que, previamente a su realización misma, ya le hace dueño del territorio. El indígena al alcance incluso remoto era como si pasase de propietario a precarista sólo porque el pie europeo hubiera pisado isla o costa americana. Si durante algún tiempo tal derecho no funcionó con un carácter europeo tan general es porque los católicos y particularmente los españoles y portugueses, con la ayuda de diversas artimañas jurídicas del obispo de Roma, consiguieron mantener desigualmente a raya a protestantes y ortodoxos.

El indígena americano, la gente de Abya Yala, era como si no existiera en términos de derechos. El derecho internacional anterior al reconocimiento de los derechos humanos presumía que la ocupación del territorio en América era escasa, nómada e ineficiente, de este modo incapaz de generar y sustentar cualquier pretensión de propiedad que mereciera respetarse por parte de Europa. Era una presunción que no admitía prueba en contrario. Tal derecho de propiedad entonces correspondía a quienes se presumían a sí mismos con la capacidad de ocupación continuada del territorio y aprovechamiento eficiente de sus recursos, los europeos por supuesto. Así funcionaba y así todavía puede que funcione el derecho de conquista por América. ¿No lo hace hoy cuando los gobiernos proceden a concesiones a empresas sobre territorios indígenas como si los mismos fueran fiscales?

Frente a las arbitrariedades institucionalizadas de los tiempos coloniales, los Estados americanos se independizaron dotándose de Constituciones que ofrecían garantías. El derecho de propiedad solía ya garantizarse no sólo por su reconocimiento expreso, sino también por la prohibición de la confiscación y por la exigencia de utilidad pública, proceso debido e indemnización previa para la expropiación forzosa o sin consentimiento. Ninguna Constitución decía que hubiera una excepción a tan importantes reglas. Pero haberla, habíala. Era la excepción indígena. ¿Cómo podía ser? Sencillamente porque se heredaba discretamente por los Estados americanos que se independizaban de Europa el derecho potencial a la conquista que permitía la ignorancia jurídica de la propiedad y hasta de la presencia indígena. Y bien que se puso en ejercicio. No en vano el siglo XIX ha sido, después del XVI, el más letal para indígenas en América. El supremacismo cultural del derecho al territorio y el racismo puro y simple del orgullo criollo fueron los elementos impulsores del genocidio tras las independencias. Son fac-

tores que no desaparecen del mapa porque las Constituciones vengán finalmente a reconocer culturas y territorios indígenas.

Cuando los gobiernos conceden, para aprovechamientos entre públicos y empresariales, tierras indígenas como si fueran fiscales, sin verse en la necesidad de aplicar las garantías del debido proceso, mantienen sencillamente operativa la excepción indígena de raigambre colonial. Así es como pueden ignorar y quebrantar garantías de la propiedad registradas en sus propias Constituciones. Frente a esto, a nuestras alturas, un derecho internacional que ha venido a rectificar posiciones, cancelando su aval al derecho de conquista, plantea el debido proceso para disposición pública de propiedad indígena en términos nuevos. La lógica misma es nueva respecto a la habitual de las Constituciones de los Estados. Teniéndose en cuenta que los pueblos indígenas se caracterizan por ser pueblos que no han prestado consentimiento para su incorporación a unos Estados, el principio pertinente para la disposición ajena de sus tierras y recursos es el del consentimiento, lo cual obliga a un debido proceso distinto al general, no más ni menos garantista, sino el adecuado a la diferencia del supuesto. La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, en consecuencia, requiere *consentimiento libre, previo e informado* de parte indígena. El procedimiento ordinario de expropiación forzosa que se ha aplicado a la propiedad indígena resulta finalmente que no es el apropiado. Hace falta otro que recabe y asegure ese consentimiento cualificado.

Los mismos Estados latinoamericanos que han votado por dicha Declaración, todos tras que Colombia ha retirado formalmente su abstención inicial, siguen disponiendo expeditivamente de territorios y recursos indígenas tal y como si la excepción de tracto colonial siguiera sobrentendiéndose por encima ahora no sólo de las propias Constituciones, sino también de un derecho internacional que es tan específico y categórico. En los últimos años los mismos estándares constitucionales e internacionales están degradándose a ojos vistas. La mayoría de los Estados latinoamericanos han emprendido políticas legislativas de disposición de recursos que sistemáticamente ignoran y atropellan derechos indígenas consignados en Constituciones y en instrumentos internacionales. Son leyes que parecen responder a una misma plantilla. No es moda ni casualidad. Hay instituciones internacionales, particularmente las financieras, que las están inspirando, impulsando y respaldando.

Los Estados no suelen inmutarse si se les recuerda sus compromisos constitucionales y obligaciones internacionales. Si se les interpela, saben reaccionar. Tienen respuestas. ¿La Declaración de Naciones Unidas? No es vinculante, replican contra la literalidad de la misma. ¿El derecho de propiedad indígena? Se respeta como cualquier otra propiedad, aseguran contra toda evidencia. ¿Y en este caso y en aquel otro y en el de más allá o en el de más acá? No había propiedad indígena registrada y titulada conforme a las leyes nacionales, lo que vamos a

hacer precisamente ahora con todo el remanente, tras las concesiones a empresas, como forma por fin de garantizar la propiedad indígena y esto además consultándoles y requiriendo su consentimiento de acuerdo con el derecho internacional. Así suele desarrollarse el diálogo cuando no dan la callada por respuesta, un diálogo del que los Estados intentan mantener al margen hasta el último momento a la parte indígena, la parte perjudicada e interesada.

Tras la Declaración de Naciones Unidas y tomándola en consideración, la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha ocupado del asunto. Ha sido en el caso *Saramaka versus Surinam*. Saramaka es un pueblo afroamericano, pero, dadas sus características de cultura y territorio propios, la Corte lo asimila a los pueblos indígenas, a cuyos derechos entonces interesa también la sentencia. La misma ratifica y desarrolla una jurisprudencia que inició la Corte en 2001 con el caso *Awás Tingni versus Nicaragua*. En resumidas cuentas, se trata de que la propiedad indígena no tenga por qué depender del reconocimiento, registro y titulación por parte del Estado, pues cuenta con título de derecho propio que el Estado está obligado a reconocer, registrar y acreditar. Y aún más, por supuesto, a respetar ateniéndose al procedimiento de consulta capaz de conducir a consentimiento previo, libre e informado para poder disponer de territorio o recursos indígenas. Digan lo que digan las Constituciones sobre la garantía del derecho de la propiedad, supongan lo que supongan quienes las interpretan y aplican, esa es la garantía en el caso de comunidades y pueblos indígenas. En términos de derechos, no hay otra. También ofrece seguridad frente al genocidio que fácilmente puede dejar de ser meramente potencial. El asunto no es tan sólo de propiedad.

El genocidio potencial o virtual existe desde los tiempos coloniales. Se encierra en el derecho a la conquista. Eran palabras, sólo palabras, pero palabras cargadas de expolio y muerte. Como el propio colonialismo lo demostrara, entre el dicho y el hecho no hay mucho trecho cuando se trata de derecho. En el sentido más literal, puede decirse que el procedimiento de consulta con carácter previo, condiciones de libertad y exigencia de información resulta vital para personas, comunidades y pueblos indígenas.

Genocidio constitucional: derechos, obligaciones, servicios*

Hubo un tiempo muy cercano, tan cercano como para ser un pasado que no acaba de pasar, durante el cual la ciudadanía, en el sentido que le vincula a Estado constitucional, se entendía como el requisito necesario, suficiente y exclusivo para que las personas pudieran tener garantizado el libre ejercicio de sus derechos humanos. Hasta hace más bien poco no había ni tan siquiera jurisdicciones internacionales con el cometido de asegurar garantías. Su implantación tampoco ha venido a superar dicho entendimiento del valor sumo de la ciudadanía como pertenencia a Estado constitucional, esto es, a Estado que reconoce y garantiza derechos. Hoy está levantándose la sospecha de que dicha concepción y práctica de la ciudadanía puede que en determinadas circunstancias resultase genocida. Los pueblos indígenas siempre lo han sabido por la indudable fuente de conocimiento que es la experiencia en carne propia.

La mismísima Declaración Universal de los Derechos Humanos se basó en dicho entendimiento de la ciudadanía de Estado como requisito y garantía del goce de los derechos. Dígase en pasado porque ya no es así: porque el desenvolvimiento habido del propio derecho internacional de derechos humanos ha cancelado tal presuposición. Aquel planteamiento en origen de la Declaración Universal no quedó sin efecto. Un Estado como Guatemala, por ejemplo, la alegó para legitimar un cambio de Constitución que cancelaba derechos de las comunidades indígenas a fin de acometer proyectos de asimilación cultural y política. Y no fue el caso guatemalteco excepción por Latinoamérica. Los Estados tomaron la Declaración Universal como un nuevo y fuerte aval de sus políticas más contrarias al reconocimiento y garantía de derechos que no fueran exclusivamente individuales en términos de ciudadanía de Estado. Dicho también en pasado, pues igualmente se ha rectificado, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial vino algo después y durante algún tiempo a reforzar dicha tendencia asimilacionista.

Dígase lo propio del Convenio de la Organización Internacional sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en los países independientes (Convenio 107). Dígase a mucha mayor razón, pues en su caso, como anuncia el título, la postura es explícita: “*Considerando que en diversos países independientes existen poblaciones indígenas y otras*

* Publicado el 20 de julio de 2009.

poblaciones tribuales y semitribuales que no se hallan integradas todavía en la colectividad nacional y cuya situación social, económica o cultural les impide beneficiarse plenamente de los derechos y las oportunidades de que disfrutaban los otros elementos de la población” (Preámbulo). La rectificación de esta postura se llama Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes (Convenio 169), el cual abandona la postura asimilacionista, pero en el ínterin, entre las décadas de los sesenta a los ochenta del siglo pasado, el Convenio 107 también fomentó y cubrió políticas que, por su deliberación destructiva de culturas indígenas y de los grupos respectivos en cuanto tales, cabe calificar como genocidas. La Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, que es anterior incluso, por un día, a la Declaración Universal, lo hacía, solo que sobrentendiéndose como no aplicable a los pueblos indígenas, especialmente si la finalidad declarada de su eventual desaparición en cuanto tales era la de conducirles al disfrute de los derechos humanos en el seno no discriminatorio de la ciudadanía de un Estado constitucional.

Así pudieron desarrollarse políticas como la de alfabetización de indígenas en lengua no indígena para su incorporación a la ciudadanía del Estado en términos de obligatoriedad incluso redoblada. El acceso a una educación se entendía tan obligatorio como el acceso a una ciudadanía, aunque ambos se presentasen en forma de derechos. Ni siquiera propiamente se capacitaba para lo uno y para lo otro, sino que se obligaba y punto. Se obligaba al acceso a una ciudadanía que, bajo el nombre de derechos, lo que implicaba eran obligaciones. Por ejemplo, se hacía el voto obligatorio, incluso con sanciones severas, argumentándose que la obligatoriedad resultaba más democrática que la libertad de participación y eventual abstención, pero la democracia no era el objetivo. Los sistemas electorales se organizaban de forma que reprodujera la cooptación oligárquica entre partidos no indígenas. El objetivo era forzar una apariencia de ciudadanía que no se representaba en su integridad y ante la que no se respondía en absoluto inhabilitando al tiempo la capacidad política y la propia existencia de pueblos y comunidades indígenas en cuanto que tales. Respondiéndose deliberadamente a estos fines, estas políticas no sólo no tenían nada de democráticas y ciudadanas, sino que resultaban llanamente genocidas.

Pasemos a tiempo verbal presente pues todo lo dicho y lo que sigue es el pasado que no acaba de pasar, pasado presente. Los Estados organizan la educación y otros servicios presuntamente destinados a la capacitación ciudadana como si fueran prestaciones obligadas en beneficio de la propia ciudadanía, esas prestaciones que estarían hoy justificando la extensión y penetración del Estado, si no incluso su propia existencia en estos tiempos. En el contexto del genocidio cotidiano de las políticas asimilacionistas, todo servicio del Estado resulta problemático y sospechoso, incluso el de la salud. Ignora éste medicina indígena y la correspondiente socialidad sanitaria. En beneficio al cabo de la industria far-

macéutica, introduce remedios que resultan costosos y crean dependencia. No raramente la extracción industrial de los principios activos de la farmacopea natural indígena logra su conversión en mercancías medicinales de las que acaban dependiendo las propias comunidades indígenas privadas de su cultura sanitaria por acción de los servicios de salud del Estado. Servicio a servicio, de la educación a la salud, genocida es el objetivo y genocida la consecuencia. Se trata de la destrucción parcial o total de un grupo humano en cuanto que tal, el supuesto tipificado por la Convención sobre el Genocidio.

El caso más delicado es por supuesto el de la niñez y la adolescencia indígenas. La Convención sobre el Genocidio lo contempla de forma específica. Si hay intención primaria o última de que el grupo correspondiente acabe por desaparecer, es genocidio el “*traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*” (art. 2.e). Cuando esto se formuló hace más de sesenta años, se pensaba particularmente en la transferencia física a internados obligatorios o a familias de la sociedad dominante, pero cabe también el “*traslado por fuerza*” entre grupos o entre las respectivas culturas mediante la prestación de educación obligatoria por parte del Estado o de las iglesias previo convenio o no para la prestación del servicio. Basta con poner los medios para conseguir el cambio de cultura, de lo que suelen ocuparse los currículos oficiales incluso cuando la educación es bilingüe, pues la de lenguas y culturas indígenas suele concebirse e intentar aplicarse como vía de tránsito al destino de la educación que se considera capacitadora para la ciudadanía, la que se produce en lengua y la que se conforma con cultura no indígenas.

“*Consideramos aquí la posibilidad de que esas políticas [las educativas], aplicadas con pleno conocimiento de sus efectos devastadores, constituyan crímenes internacionales, incluido genocidio, en el sentido que se da a la expresión en la Convención de las Naciones Unidas para la prevención y la sanción del delito de genocidio*”. Son expresiones introductorias de un estudio realizado recientemente por encargo del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. ¿Su título? *Las formas de educación de los niños indígenas ¿son crímenes de lesa humanidad?* De esto justamente trata. Es un estudio de lectura recomendable (documento de Naciones Unidas E/C.19/2008/7, en línea en el sitio del Foro Permanente entre los materiales del séptimo periodo de sesiones). La experiencia y la formación personales de los autores, la mayoría del pueblo sami, pueblo indígena del norte de Europa, y con conocimientos del mundo anglosajón, pudiera hacer pensar que sólo es comparativamente como interesa a Latinoamérica, pero no es así, pues el análisis se centra en el derecho internacional.

¿Y qué decir de otros derechos constitucionales? ¿El derecho a la seguridad más elemental de la vida con los medios y las condiciones para sostenerla y desarrollarla dignamente? Si se trata de indígenas, se convierte en exposición al comportamiento no reglado de fuerzas policiales y militares o al más arbitrario aún por parte de población civil. ¿El derecho a la justicia, un derecho que en el

caso indígena se desdobra en el derecho a la justicia propia y el derecho al acceso a la justicia del Estado y a las jurisdicciones internacionales? Se convierte en subordinación a los dictados de una única justicia, la del Estado, no conforme por lo usual, tratándose de indígenas, con derecho constitucional ni con derecho internacional de los derechos humanos, y además tendente a invadir y arrasarse el espacio comunitario de la jurisdicción propia indígena. ¿Y qué decir del derecho de propiedad si llega a disponerse de tierras indígenas como si fueran fiscales con la motivación de ofrecer utilidades a la ciudadanía y sin más traba que la resistencia de las víctimas del expolio ni más trámite que el de doblegarla? Hablando de propiedad, ¿qué decir de la declaración de áreas naturales protegidas sin la debida consulta con las comunidades afectadas y brindándoles protección en términos poco menos que iguales a los que se aplican a la fauna? Es como si los pueblos indígenas tuvieran la obligación de sufragar a la ciudadanía no indígena, a la establecida desde tiempos coloniales y a la sobrevenida con posterioridad hasta el último llegado, e incluso la obligación de paliar su depredación.

Así, derecho a derecho, obligación a obligación, se despliega toda una batería de destrucción masiva de pueblos indígenas en cuanto que tales. Es el genocidio final a través de los genocidios cotidianos. ¿Qué no queda hoy de todo ello, de toda esa batería de políticas sistemática y cotidianamente genocidas, las dichas y más desde luego? Carezco de conocimientos suficientes como para poder ofrecer un panorama de la subsistencia o incluso la reanimación de esas políticas a lo largo y ancho de la América Latina, pero sé que quien me lea estará informado sobre los casos de su interés o sabrá poner los medios para lograr la información. Suplamos entre todos y todas nuestras respectivas ignorancias. Hay quienes tienen el mejor conocimiento por tener la peor experiencia, la sufrida en carne propia.

Banalidad del genocidio, invisibilidad de los genocidios*

Ese genocidio fundacional de la república y el poder, y la consiguiente cultura de olvido e impunidad, explica en buena medida la barbarie del pasado inmediato, la banalidad del mal

Victor Toledo Llancaqueo.

Hablar de la cotidianidad del genocidio puede ofrecer la impresión de que el genocidio se banaliza. Efectivamente se banaliza por parte de quienes cotidianamente lo cometen. No fue la evidencia de la barbarie, sino la forma ordinariamente nada bárbara de comportarse quienes la organizaban o ejecutaban, tal y como si fueran probos políticos o eficientes funcionarios, lo que hizo surgir la expresión bien justa de la *banalidad del mal*. Ocurrió ante las evidencias de esta conducta funcional entre buena parte de los responsables conscientes del holocausto nazi. Si el genocidio no fuera suficientemente terrible de por sí, más terrible aún resulta por la banalidad como puede cometerse. Entre quienes lo sufren se sabe bien. Los pueblos indígenas americanos no sólo se sienten atacados por agresiones violentas en su caso, sino también por políticas cotidianas que otros tienen por buenas y hasta obligadas, por algo de curso perfectamente ordinario y así banal, sin aparente mácula de maldad.

A efectos prácticos, banalidad del genocidio era y es invisibilidad del genocidio. Invisibles los genocidios, la comunidad internacional se acostumbró a la recurrencia de los menos espectaculares, pero no menos efectivos. Entrándose en la segunda mitad del siglo pasado, el XX, inmediatamente después de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio, fuera en África todavía colonial, como en el caso de Kenya por obra del gobierno británico, o a lo extenso de las Américas, como por América Latina bajo gobiernos criollos, o en tantas otras latitudes por obra de los colonialismos ya exteriores, ya internos, se pudieron desarrollar genocidios sin cuestionamiento internacional por parte ni de Estados ni de Naciones Unidas. Si hay papel mojado entre los instrumentos de derecho internacional, el de la Convención sobre el Genocidio lo está con sangre y lágrimas. Los mismos Estados genocidas la ratificaban sin mayor problema.

Bastaba con leerla para darse de bruces con una tipificación del genocidio en la que se comprendían políticas en curso de dichos mismos Estados. Conforme a

* Publicado el 21 de julio de 2009.

la Convención, no sólo se comete genocidio por exterminio de gentes mediante la matanza en bruto (art. 2.a). Lo cometen quienes procedan a la destrucción deliberada de grupos humanos de carácter *nacional, étnico, racial o religioso*, aunque no consiguieran llevarla a término, o también quienes deliberadamente los sometieran a condiciones susceptibles de lesionar gravemente la salud mental o física de sus miembros o de poner en riesgo su supervivencia como grupo (art. 2.b, 2.c). Aplíquese a políticas ordinarias de cara a los pueblos indígenas, aplicación que por entonces precisamente no se hacía. Comenzaban por no hacerlo ni los Estados que procedían a la ratificación ni las Naciones Unidas que habían adoptado el instrumento y lo promocionaban. Lo cual, sin embargo, no era imputable tan sólo a impostura de los Estados ni a connivencia de Naciones Unidas.

En la invisibilidad de los genocidios pesaba la singularidad de un genocidio, de un genocidio tan único en su especie que, a medida que se conocía en todo su alcance, producía un eclipse prácticamente total sobre todos sus congéneres. Se trata naturalmente del holocausto nazi, la matanza sistemática e industrializada de judíos, eslavos, gitanos, africanos, homosexuales, etc., por parte de los regímenes del Eje entre los años treinta y cuarenta del siglo pasado. Si eso era un genocidio, los genocidios cotidianos del colonialismo británico o de los Estados latinoamericanos parecían tan sólo políticas ordinarias a las que, si acaso, se les iba un poco la mano. ¿Cómo podía hablarse de genocidio en casos como estos cuando no había asesinatos en serie a escala industrial con toda deliberación? En comparación con el genocidio nazi, los genocidios cotidianos resultaban así algo banal y por tanto, como tales, invisibles.

Aunque este no sea el planteamiento ni mucho menos de la Convención sobre el Genocidio, el concepto de genocidio vino a quedar marcado por la imagen del holocausto nazi. Si comenzó a hablarse de otros genocidios, como el de algunos países comunistas, era porque, según iban conociéndose, podían comparársele. ¿Otros casos pasados o presentes? ¿Genocidios de ayer? ¿El genocidio masivo de indígenas en América? Imposible, pues no hubo determinación de voluntad comparable con la de la vesania nazi o estalinista, se nos asegura. ¿El genocidio congoleño? Sólo se trató de un exceso en la explotación de la mano de obra africana. ¿Cómo iba a haber deliberación si se le necesitaba? ¿El genocidio armenio? Sólo cayeron unos cientos de miles y además en mitad de una guerra de por sí bien sangrienta. ¿Y genocidios más recientes, los que ya serían de tiempos de la Convención sobre el Genocidio, con la misma en vigor? ¿El genocidio sufrido por el pueblo kikuyu en Kenia? Fue sólo incidencia de una guerra colonial, sin deliberación genocida de parte británica. ¿El genocidio del pueblo aché en Paraguay? Por favor, son solamente unos pocos... Y así sucesivamente. Las respuestas se dan hoy pues, entonces, las preguntas prácticamente ni se formulaban.

El astro al rojo del genocidio nazi hacía desaparecer del firmamento visible las constelaciones de planetas y satélites de tantos y tantos otros genocidios. Se

pusieron incluso en circulación, mediante recuperación o acuñamiento, otros términos para denominar lo que entonces, pues lo que no se tenía por genocidio, se quedaba sin nombre. El vocablo de más éxito, sobre todo para América Latina, ha sido el de etnocidio. Desde los años sesenta, el mapa latinoamericano de lo nombrable y lo visible, se pobló de etnocidios tanto como se despobló de genocidios. Etnocidio vino a ocupar un vacío y también a velarlo. Genocidio es el signo de un gravísimo delito tipificado por el derecho internacional mientras que etnocidio es un término científico o político sin esas implicaciones penales a tal escala. A efectos prácticos, el etnocidio no dejaba ver el genocidio. La calificación etnocida podía servir para la concienciación y movilización de carácter social, pero no para la prevención ni la sanción de índole jurídica. En todo caso, pese a la Convención sobre el Genocidio, la calificación genocida tampoco servía para lo segundo. Se les llamara como se les llamase, los genocidios cotidianos resultaban genocidios invisibles, como era el caso de todos los que se estaban cometiendo por América Latina, prácticamente por toda ella.

Banalidad e invisibilidad son fenómenos culturales y sociales, no jurídicos, pero alcanzan efecto y un efecto de lo más serio en el ámbito del derecho. Por razones de seguridad jurídica, el derecho penal escrito ha de interpretarse de forma estricta y literal. La Convención sobre el Genocidio dice lo que dice, ni más ni menos, exactamente lo que contiene, aquello de que cometen genocidio, etc. (art. 2). Una excepción clamorosa respecto a la regla de interpretación de las normas penales se produce con esta Convención, la del Genocidio. La misma viene siendo objeto de las lecturas menos estrictas y más laxas, menos literales y más aproximativas, lecturas que derivan de la comparación implícita y poco controlada con el holocausto nazi. Si no ha corrido la sangre en abundancia irrefrenable y si falta una determinación asesina poco menos que equivalente a la de la reunión de jefes nazis junto al lago Wann el 20 de enero de 1942 que decidió la última fase de la *solución final*, la fase letal, no se aprecia genocidio por la doctrina jurídica, por la mayor y más insana parte de los expertos y expertas en derecho. Leen la Convención sobre el Genocidio superponiendo la cultura dominante de la banalidad, la invisibilidad y, en definitivas cuentas, la impunidad. Sintonizan con el interés imperante de no remover un asunto que tanto inquieta a tantos Estados.

Es evidente que los genocidios cotidianos no responden a nada comparable a la operación organizada para el holocausto nazi. Por este camino, no había posibilidad de que se actuase para parar los pies a los genocidas por muchos genocidios que se siguieran cometiendo. Un cambio de apreciación en la comunidad internacional sólo comenzó a producirse en los años noventa del siglo pasado, hace tan poco. Genocidio se hizo palabra común del lenguaje público no sólo de organizaciones no gubernamentales, sino también de los Estados y de Naciones Unidas ante matanzas como las perpetradas en la antigua Yugoslavia (Europa), y en Ruanda (África). Expresaba una preocupación no sólo por la muerte en masa,

sino también por los rumbos que en cada caso podían haber conducido a tan terrorífico desenlace. En Yugoslavia como en Ruanda, de diversas formas, se habían venido cometiendo genocidios cotidianos creándose el caldo de cultivo para los respectivos intentos de *soluciones finales*, genocidios cotidianos como esos que tiene presente, junto a la matanza en bruto, la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio. Ésta vino entonces a resucitar por sí misma y porque a finales del siglo, hace una década, el Estatuto de la Corte Penal Internacional acogió literalmente y por entero su tipificación del delito de genocidio.

En Naciones Unidas cunde la preocupación y el interés ahora no sólo por la sanción, sino también y ante todo por la prevención. *Para la Prevención del Genocidio* se crean, ya en nuestra década, sendos mecanismos en la Secretaría General de Naciones Unidas y en la propia Corte Penal Internacional. Una misma persona ha sido el primer asesor especial para la prevención del genocidio en la Secretaría General y es el primero en la Corte Penal Internacional. En una y otra sede se organizan las correspondientes oficinas. ¿Pueden estar con ello formándose expertos y expertas en la prevención de genocidios? ¿No se crean ahora las condiciones para reconocerse por fin, con base en la propia Convención sobre el Genocidio, el carácter estrictamente genocida de los genocidios cotidianos, los genocidios que se han banalizado y de este modo invisibilizado? No ha sido así de momento. A lo más, unas políticas sustancialmente genocidas, pero no todavía homicidas, se toman ahora en consideración tan sólo como signos de alarma que activen las alertas para prevenir el genocidio verdadero que sería solamente el genocidio sangriento, como el cometido en tierras ex-yugoslavas o el de las latitudes ruandesas. Al menos el prototipo ya no es sólo uno. Algo, bien poco, se avanza.

¿Cómo vencer y superar la banalidad y la invisibilidad que se muestran tan inflexibles y tenaces? No creo que vayan a ser los Estados ni por separado ni asociados en Naciones Unidas quienes vayan a plantearse y conseguirlo. La respuesta se encuentra al otro lado del espejo, al lado que no duplica la propia imagen impidiendo con ello que se hagan vivas las imágenes ajenas, las indígenas en el caso. En la comunidad internacional hacen falta más voces, voces que rompan espejos y abran ojos. Es la voz de las víctimas la que puede hacer visible el genocidio cotidiano.

Bolivia y el expolio internacional de cultura indígena*

El régimen internacional de registros y patentes no sólo desprotege los conocimientos empíricos y las expresiones culturales de los pueblos y la comunidades indígenas, sino que incluso ha venido fomentando su expropiación masiva sin consentimiento, indemnización ni participación en los eventuales beneficios, a veces ciertamente cuantiosos. Conforme a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, los Estados, en cooperación con los mismos pueblos indígenas, deben establecer mecanismos de protección de los *conocimientos tradicionales* y las *expresiones culturales* indígenas (art. 31). Bolivia afronta el reto, un reto realmente ingente dados los condicionamientos del régimen internacional de la propiedad intelectual.

Conocimientos tradicionales y expresiones culturales (CT y EC, respectivamente) no son patentables según el régimen establecido mediante tratados entre Estados y por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI), una de tantas agencias de Naciones Unidas, agencia a la cual pertenecen casi todo los Estados. La historia es sabida. El conocimiento empírico de la virtud terapéutica de una especie vegetal no es patentable mientras que la extracción en laboratorio del correspondiente principio activo para convertirlo en mercancía por la industria farmacéutica sí es patentable. La música colectiva de celebración comunitaria no es inscribible mientras que su traducción a partitura a nombre de quien se presenta como autor o, con algo más de escrúpulo, como arreglista de un tema tradicional anónimo es inscribible. Y dígase lo propio para todo lo que es comunitario y tiene un valor científico o cultural mercantilizable. Un producto genuino de cultural social no es registrable mientras que su modelación o manipulación individual o empresarial lo es. Con esto, la expropiación sin compensación ni consentimiento viene siendo sistemática a una escala internacional.

Hay casos tan notorios como el de *El cóndor pasa* o el de *El león duerme esta noche*. Para el saqueo de conocimientos científicos es más difícil dar ejemplos pues bien se guardan las corporaciones de revelar las fuentes que les permiten la extracción de elementos patentables. No es raro que accedan a ellas a través del financiamiento de investigaciones antropológicas o similares sobre el terreno de las comunidades indígenas como forma de franquear primero y expoliar enseguida

* Publicado el 30 de julio de 2009.

conocimientos empíricos. El fomento de la investigación puede ser doblemente provechoso pues sirve de paso para reducir la carga de los impuestos o contribuciones de las empresas al mantenimiento de servicios públicos o sociales. Los conocimientos científicos y valores culturales indígenas son en suma bienes mostreros. Lo son hasta los nombres. Por ahí anda un modelo de coche que se llama *cherokee*, una marca de saco de dormir que se llama *quechua* o un tipo militar de helicóptero que se llama *apache*, esto último sobre el supuesto racista de que el nombre indígena ya causa por sí solo pavor.

La OMPI se manifiesta últimamente preocupada por la desprotección internacional de los CT y EC indígenas. Tiene ahora la ocurrencia, técnicamente hoy factible, de organizar un gigantesco registro de todos los CT y todas las EC de todos los pueblos y todas las comunidades indígenas de todo el universo mundo. Su propósito no se oculta. Se proclama que es el de proteger el derecho indígena, pero añadiéndose enseguida que lo más valioso de tal registro es que permitirá el acceso de terceros al patrimonio cultural indígena mundial de forma que su aprovechamiento pueda realizarse con compensación para el pueblo o comunidad de donde procede el CT o la EC del caso. Es un proyecto que se ha presentado en 2008, esto es tras la adopción de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la Asamblea General de Naciones Unidas, la organización matriz de la OMPI. No hay que decir que en su proyecto, la Declaración y, así, los derechos de los pueblos indígenas, se ignoran olímpicamente. No tiene justificación pero tiene lógica. Con la Declaración no cabe tal proyecto.

Durante los días 24 a 26 de este último mes de julio, se ha celebrado en Vinto, Bolivia, una cumbre andina de representantes indígenas sobre CT y EC, sobre, por supuesto, la reivindicación y la protección de los correspondientes derechos de los pueblos. El día 25 se presentó el anteproyecto de ley sobre CT y EC indígenas que se ha elaborado en Bolivia. Representa una decidida apuesta por hacerse cargo del referido mandato del artículo 31 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas con conciencia de la inmensidad del reto por la persistente conjura del derecho internacional contra la posibilidad de que pueda llevarse a la práctica y otorgarse garantías a los derechos de los pueblos indígenas a sus CT y EC. Aunque pretenda ahora lo contrario, la política de la OMPI es la mejor prueba de esta verdadera conjura. Otras agencias internacionales no necesitan ser conscientes para ser cómplices. Con el derecho internacional existente, la conjura no tiene por qué ser intencionada.

El anteproyecto boliviano contempla el establecimiento de un registro específico para la inscripción y protección de los CT y las EC indígenas, registro de carácter voluntario para comunidades y pueblos y con valor meramente preventivo frente a la disposición indebida de los unos y las otras, los CT y las EC, y registro así, sin valor constitutivo de derecho. Se parte del buen principio de que las comunidades y pueblos no pueden ser obligados a registrar sus derechos para

que los mismos se reconozcan y garanticen por el Estado. Los derechos indígenas, los culturales iguales que los territoriales, no dependen del registro público. Este registro no puede responder con todo al régimen registral ordinario. Entre comunidades y pueblos existe la justa preocupación de que en último término el registro sirva para exponer más que para proteger sus CT y EC, para hacerlos públicos sin las suficientes garantías. Por esto no es obligatoria la inscripción para tener el derecho. Y por esto también se propone en Bolivia un registro que no sea de acceso público y que sólo emita certificaciones en caso de necesidad para la contradicción de inscripciones en el registro ordinario, el registro que tiene fuerza.

El debate fue vivo en la cumbre de Vinto. ¿No se produce así indefensión comparativa de los pueblos y comunidades que opten por no arriesgarse a registrar sus CT y EC? ¿Qué protección puede por otra parte ofrecerse a los pueblos y comunidades que registren si no se le entra previamente a la reforma del régimen ordinario de registros y patentes? ¿Y no se provocaría entonces un serio conflicto con el derecho internacional? En un asunto como este, por mucho que la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas respalde, ¿puede Bolivia garantizar lo que el derecho internacional no garantiza o incluso desprotege? Hubo intervenciones que, con buenas razones, defendieron una política de mantenimiento en secreto de los CT. Sin embargo, en el mundo de hoy, con la presión tanto de las corporaciones interesadas como también de la OMPI, ¿cabe a la larga mantener ese secreto? ¿No será otra forma de que continúe la exposición al saqueo masivo? ¿No hubiera de ser bienvenida la protección del Estado una vez que el mismo la brinda como en el caso de Bolivia?

El nudo gordiano donde se encuentra desde luego es en el derecho internacional. Poco valdría en la práctica cualquier opción boliviana sobre CT y EC si no se extraen las consecuencias y aplican los requerimientos de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en el propio orden internacional. El régimen establecido de registros y patentes realmente se conjura contra los derechos indígenas. Pero ¿cómo podría Bolivia por sí sola o incluso junto con los Estados andinos, en el caso bien hipotético de que todos respondiesen a los reclamos indígenas, mover al derecho internacional a una revisión de fondo para la que, hoy por hoy, no muestra el mismo mucha, si alguna, disponibilidad? La reforma a escala internacional es en todo caso imperativa a la luz de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (art. 42: “*Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, incluso a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia*”, mandato que naturalmente comprende entre sus destinatarios a la OMPI).

A la par o, mejor, previamente a su propia ley para que ésta no defraude ni produzca efectos contraproducentes, Bolivia tendría que instar a Naciones Uni-

das a que se cumpla dicho mandato por cuanto interesa al derecho indígena de propiedad intelectual. ¿Qué éxito podría tener un Estado junto con los otros pocos Estados que pudieran respaldarle entre cerca de doscientos? Quizás más del previsible. Muchos son los resortes internos que hacen moverse a Naciones Unidas. Hoy, por ejemplo, Bolivia es miembro del Comité de Descolonización (Comité Especial encargado de examinar la situación con respecto a la aplicación de la Declaración sobre la concesión de la independencia a los países y pueblos coloniales, el primer instrumento que definiera el derecho a la libre determinación que ahora extiende la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos indígenas). Esa posición de Bolivia puede ser estratégica. Otros organismos de Naciones Unidas, como los comités de tratados de derechos humanos, podrían resolver casos concretos; los órganos específicos sobre cuestiones indígenas (Foro Permanente, Relator Especial, Mecanismo de Expertos) pueden llamar la atención sobre esto o sobre lo otro, pero sólo el Comité de Descolonización está en posición de poder abordar el asunto con alcance general y en toda su extensión a fin de elevar las necesarias propuestas a la Asamblea General de Naciones Unidas. El asunto es al fin y al cabo de subsistencia solapada del colonialismo y de reconocimiento internacional de la situación de sometimiento indígena de raíz colonial que viene, de hecho, a remediar la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

El régimen internacional de propiedad intelectual es una pura reliquia colonial, pero una reliquia bien viva. Así alcanza los efectos descritos de atropello masivo de derechos de los pueblos indígenas. ¿No podría por tanto traerse por Bolivia el asunto ante el Comité de Descolonización? Podría hacerse quizás mejor elevándose la mira. Siendo en el fondo la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas la forma de extender la descolonización a los mismos, ¿no podría Bolivia proponer al Comité de Descolonización que se haga cargo del análisis de todos los requerimientos y el escrutinio de todos los casos que miran a la descolonización de los pueblos indígenas mediante la efectividad de las previsiones de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas? No sólo está en juego el derecho indígena a los CT y las EC.

Mal podrá además defenderse en solitario este derecho como ningún otro derecho de los pueblos indígenas. Para que su garantía sea efectiva, se impone un cambio radical del escenario completo del orden internacional conforme a las exigencias de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, algo con lo que ya están comprometidas las Naciones Unidas. Hay base para que Bolivia impulse y active no sólo en el orden interno.

Criminalización internacional de la hoja de coca*

Desde 1961, la Convención Única de Naciones Unidas sobre Estupefacientes incluye la hoja de coca entre los productos narcóticos que deben hacerse desaparecer de la faz de la tierra. Sabiéndose lo que significa el empleo energético de la hoja de coca por las alturas de los Andes, conociéndose su consiguiente valor ceremonial para las culturas andinas y constando que por sí mismo el piccheo, akullico o masticado de la hoja de coca no tiene efectos estupefacientes nocivos para la salud, como tampoco su consumo en forma de mate o infusión, ¿cómo pudo producirse y cómo puede mantenerse esa decisión? La respuesta para entonces es bien fácil. El sesgo cultural y la ignorancia supremacista del colonialismo pesaban todavía fuertemente en el derecho internacional. Para hoy, sobre todo tras la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, tal misma respuesta puede todavía explicar la proscripción internacional de la hoja de coca, pero en ningún caso justificarla.

La Convención sobre Estupefacientes tuvo una larga gestación en la que se manifestó paladinamente el sesgo supremacista de fondo colonial. En Naciones Unidas, una Comisión de Investigación sobre la Hoja de Coca rindió un informe temprano, a mediados de 1950. Reconocía que el masticado no generaba adicción, sino sólo hábito, pero añadía que el consumo “*mantiene el círculo vicioso de la mala nutrición*”, “*induce al individuo a cambios indeseables de carácter intelectual y moral*”, “*dificulta las posibilidades de que los masticadores puedan obtener estándares sociales más altos*”, “*reduce el rendimiento del trabajo productivo*” y “*mantiene un bajo estándar económico de vida*”. Por estos prejuicios contra indígenas, y no por un supuesto carácter estupefaciente, se proscribió la hoja de coca. Por aquellos años cincuenta también se gestó el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribuales y semitribuales en países independientes (Convenio 107), este instrumento que protegía a indígenas con el claro propósito de hacerlos desaparecer como tales de la forma más dulce. Eran, en fin, años en que Naciones Unidas, respaldando todavía al colonialismo, intentaba que las “*poblaciones indígenas*” se rindiesen y asimilasen a la sociedad dominante.

Consciente al menos del arraigo del consumo de la hoja de coca, aquella Convención de Naciones Unidas toleraba con carácter transitorio su consumo

* Publicado el 6 de agosto de 2009.

siempre que los gobiernos controlasen y limitasen su cultivo a fin de que no se utilizase el excedente para la producción de cocaína. La transición prevista no era larga, sino tan sólo de un cuarto de siglo a partir de la entrada en vigor de la Convención. Como ésta tuvo lugar en 1964, el arbusto de coca tenía que haber desaparecido completamente en 1989. Lo primero que tenemos es la evidencia de tal fracaso, de un fracaso explicable y justificado. El consumo de la hoja de coca es parte de una cultura no sólo muy arraigada, sino también necesaria, por saludable, por los Andes. Tan conveniente es que la masticación y la bebida se han extendido no sólo a pueblos indígenas no andinos, sino también a sectores no indígenas de los Estados de la región. Sin embargo, tras la constancia del fracaso, no queriéndose ver sus razones, en Naciones Unidas se mantuvo el empeño de erradicar el cultivo del arbusto de coca y de hacerlo también desaparecer como planta silvestre. Todavía en 2007, la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes *“exhorta a los Gobiernos de Bolivia y el Perú a que adopten medidas sin demora con miras a abolir los usos de la hoja de coca que sean contrarios a la Convención de 1961, incluida la práctica de masticarla”*.

“Por hoja de coca”, dice la Convención sobre Estupefacientes (art. 1.e), *“se entiende la hoja del arbusto de coca, salvo las hojas de las que se haya extraído toda la ecgonina, la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de ecgonina”*. Así comienza la sucesión de sinsentidos. Para la Convención la cocaína no es un elemento que se produce mediante un proceso industrial que concentra los alcaloides de la hoja de coca, sino algo que ya se contiene sin más y activado en la planta natural. Hagamos una comparación. Pongamos que el sesgo cultural fuera de otro signo y que se luchase internacionalmente contra las bebidas alcohólicas de graduación elevada, como el brandy, el sake o la chicha. ¿Se entendería que intentase entonces erradicarse completamente el cultivo de la vid, del arroz y del maíz? El de la hoja de coca está arraigado no sólo por sus virtudes saludables y energéticas, sino también por su valor ceremonial. ¿Qué se diría si se intentara erradicar el consumo de la hostia cristiana o del matzá judío para intentarse acabar con el riesgo de la intolerancia al gluten? ¿O va a irse a la raíz e igualmente prohibirse el cultivo de trigo y el consumo de pan? ¿No parece todo esto un completo despropósito por mucho que se acometiera en nombre de la salud de la humanidad? Aplíquese a la hoja de coca.

La nueva Constitución de Bolivia que ha entrado en vigor el 7 de febrero de este año declara el valor y asume la defensa de la hoja de coca: *“El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente. La revalorización, producción, comercialización e industrialización se regirá mediante la ley”* (art. 384). Al cabo de sólo un mes de la entrada en vigor de la Constitución, el presidente del nuevo Estado Plurinacional, Evo Morales Ayma, remite una carta al Secretario General de Naciones Unidas, Ban Ki-moon,

y acude a la cumbre sobre drogas de la Comisión sobre Estupefacientes de las mismas Naciones Unidas que, con asistencia de la mayoría de sus Estados miembros, se celebra en Viena, Austria, el 11 y 12 de marzo. Por ambas vías reclama abiertamente Bolivia la desclasificación de la hoja de coca como estupefaciente para el derecho internacional.

Por dichas vías Bolivia hace presente a Naciones Unidas que la masticación de hoja de coca *“es practicada por millones de personas en Bolivia, Perú, el norte de Argentina y Chile, Ecuador y Colombia. Su uso y simbología comprenden connotaciones rituales, religiosas y socio culturales que trascienden el ámbito de las culturas indígenas y se proyectan a sectores de mestizos”* pues *“ayuda a mitigar las sensaciones de hambre, da energía durante largas jornadas laborales y mejora el desarrollo del metabolismo en la altura”*; además, *“la masticación de la hoja de coca no causa ningún daño a la salud humana ni ningún tipo de trastorno ni adicción”*. Como tantas personas que consumen hoja de coca desde que aterrizan a más de cuatro mil metros en el aeropuerto de El Alto, puedo testimoniarlo. Viniendo del nivel del mar y sin hoja de coca, se corre el riesgo ante todo de padecer el terrible soroche.

Consecuentemente, Bolivia solicita de Naciones Unidas la puesta en marcha de la reforma de la Convención sobre Estupefacientes con miras a la eliminación de las disposiciones que criminalizan el cultivo y el consumo de la hoja de coca. La misma Bolivia, al proceder en 1990 a la ratificación de la Convención de Naciones Unidas contra el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, de 1988, ya había formalizado una reserva respecto a las previsiones sobre la hoja de coca. Si se aceptara su criminalización, se expresaba entonces por Bolivia, *“gran parte de la población boliviana tendría que ser considerada criminal y sancionada como tal, lo que hace que las normas sean inaplicables en el caso concreto”*. La misma Convención de 1988 ya había levantado a su modo acta del fracaso en la erradicación del cultivo de coca prevista para 1989 pues prorrogaba la tolerancia de los *“usos tradicionales lícitos”* respaldados por *“evidencia histórica”* (art. 14.2). Ya así podía haber constancia internacional de que la erradicación era imposible, aparte de que también sea indeseable. Esto último, lo de indeseable, no se argumentaba entonces, en 1990. Ahora se hace.

Ahora, tras la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, puede perfectamente hacerse. Bolivia alega ante Naciones Unidas el primer párrafo de su artículo 31: *“Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, controlar, proteger y desarrollar su patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales, sus expresiones culturales tradicionales y las manifestaciones de sus ciencias, tecnologías y culturas, comprendidos los recursos humanos y genéticos, las semillas, las medicinas, el conocimiento de las propiedades de la fauna y la flora, las tradiciones orales, las literaturas, los diseños, los deportes y juegos tradicionales, y las artes visuales e interpretativas. También tienen derecho a mantener, controlar, proteger*

y desarrollar su propiedad intelectual de dicho patrimonio cultural, sus conocimientos tradicionales y sus expresiones culturales tradicionales”.

A instancia igualmente de Bolivia, de su misión ante Naciones Unidas en Nueva York, el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas durante su último periodo de sesiones, en mayo de este año, efectúa una recomendación al propósito: “*El Foro Permanente reconoce la importancia cultural y médica de la hoja de coca en la región andina y otras regiones indígenas de América del Sur. Asimismo, señala que en la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes (1961) se prohíbe específicamente la masticación de la hoja de coca. El Foro Permanente recomienda que se enmienden o deroguen las secciones de la Convención relativas a la costumbre de masticar la hoja de coca que sean incompatibles con los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus prácticas tradicionales en materia de salud y cultura reconocidas en los artículos 11, 24 y 31 de la Declaración*”. El artículo 31 ya está citado. Se refieren el undécimo al derecho a las *tradiciones y costumbres culturales* y el vigésimo cuarto al derecho a las *propias medicinas tradicionales* y a las *propias prácticas de salud*.

Durante este último mes de julio, en su reunión regular sobre cuestiones sociales y de derechos humanos, el Consejo Económico y Social de Naciones Unidas aprobó la propuesta presentada por Bolivia para la reforma de la Convención sobre Estupefacientes a fin de eliminar toda previsión y todo emplazamiento para la erradicación de la hoja de coca. Conforme al artículo 47 de la Convención, se abre ahora un plazo de dieciocho meses para que los Estados signatarios presenten sus comentarios. Si no se manifiesta oposición de alguno de ellos durante este tiempo, la reforma se producirá automáticamente. Si la hay y dada la entidad del asunto, habrá de convocarse una conferencia general de dichos Estados partes de la Convención. De momento, lo propuesto es la eliminación definitiva de aquel plazo que se fijara en un cuarto de siglo para la desaparición de la hoja de coca. En un comunicado oficial de la Cancillería boliviana del 30 de julio, se anuncia que, tras dicha supresión, “*Bolivia podrá promover incluso la convocatoria de una Conferencia Internacional para que se considere definitivamente la intención de legalizar el masticado de la hoja de coca*”.

En un discurso ante la misma sesión del Consejo Económico y Social de tenor bastante autocomplaciente (“*el control multilateral de las drogas debería reconocerse como uno de los mayores logros del siglo XX...*”), el recién elegido presidente de la referida Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Sevil Atasoy, no hizo referencia alguna al enorme e injustificable error de haber criminalizado la hoja de coca. La misma Junta no ha dado muestras de cejar en la política de erradicación a ultranza. Esperemos que, pese a todo y gracias a Bolivia, todo esto se remedie de aquí a no mucho tiempo más allá del plazo en curso de dieciocho meses.

Brasil y el expolio guaraní*

Hay casos particulares que revelan pautas generales. Si son graves de por sí, resultan todavía más graves por lo que ponen de manifiesto. A mediados de este mes de septiembre, una comunidad guaraní en Mato Grosso do Sul, Brasil, ha sido desahuciada de su tierra por el método de incendiarse su poblamiento. Ahora se halla sin remedios legales a su alcance. Se trata de la comunidad Laranjeira Nanderu del pueblo guaraní kaiowá o guaraní del bosque. He aquí entonces la implicación de carácter general. En Mato Grosso do Sul, Brasil, aquí al igual que en Bolivia, en Paraguay y en Argentina, las comunidades del pueblo guaraní, pueblo que fuera expoliado completamente de su territorio, se ven privadas de sus tierras sin que las instituciones públicas permitan procedimientos de defensa ni medios de recuperación. Tanto la Constitución del Estado de Mato Grosso do Sul como la Constitución federal de Brasil les reconocen en teoría el derecho, pero en la práctica se les deniega.

La Constitución federal de Brasil les reconoce “a los indios”, entre otros derechos, “los derechos originarios sobre las tierras que tradicionalmente ocupan” asignándole a la Unión federal la competencia para “demarcarlas” y para “proteger y hacer respetar todos sus bienes” (art. 231). La Constitución de Mato Grosso do Sul no puede naturalmente contradecir dicho reconocimiento ni dicha competencia de carácter federal. Lo interesante es que abunde, enfatice e incluso haga uso de un lenguaje más apropiado para la identificación del sujeto indígena cuyos derechos se reconocen constitucionalmente: “El Estado (Mato Grosso do Sul) reconoce a las naciones indígenas de su territorio”; “las tierras, las tradiciones, los usos, las costumbres de los grupos indígenas del Estado integran su patrimonio cultural y ambiental que como tal serán protegidos”; “a las naciones indígenas” el Estado les reconoce y garantiza “sus modos de vida propios, respetando su cultura”, cultura en la que acaba de incluirse el aspecto material del dominio territorial (arts. 248 y 249). ¿Cómo pueden entonces destruirse poblamientos indígenas y expulsarse a comunidades sin que ni la Federación ni el Estado tengan previsto ni brinden remedio?

Estamos hablando del pueblo guaraní, pueblo que en Brasil, igual que en Bolivia, en Paraguay o también en Argentina, vio cómo su territorio era invadido entre los siglos XIX y XX privándosele no sólo del autogobierno, sino también del dominio sobre las tierras. Las haciendas que se fueron formando tras el expolio han venido siendo legalizadas y registradas por el respectivo Estado. Cuando una comunidad guaraní asentada en su territorio tradicional se encuentra con

* Publicado el 21 de septiembre de 2009.

una hacienda que blande un título, no hay reconocimiento constitucional que valga. El Estado respalda a la hacienda contra la comunidad incluso cuando la primera recurre con aval judicial a la violencia para expulsar a la segunda. En la región, sólo Bolivia está intentado poner en marcha una política de saneamiento de títulos capaz de devolver tierras a las comunidades guaraníes.

Brasil, según la propia Constitución (art. 231 citado), se compromete a reconocer y garantizar, demarcación mediante, el derecho indígenas sobre “*las tierras tradicionalmente ocupadas*” y “*habitadas con carácter permanente*”, pero no contrae compromiso ninguno respecto al caso de que dicha ocupación tradicional no haya mantenido un tracto por haberse visto la parte indígena completamente privada del territorio y la parte no indígena generosamente agraciada con títulos sobre las tierras. Es un supuesto que está bien a la vista para el caso guaraní en el Estado de Mato Grosso do Sul, pero su Constitución también guarda el más cerrado silencio a su respecto. Es una laguna constitucional, tanto la federal como la estatal, por supuesto que intencionada, con las resultas de que el pueblo, las comunidades y las personas guaraníes se encuentran en Brasil sin reconocimiento ni garantía del derecho a sus tierras. La Fundación Nacional del Indio (Funai), de carácter federal y con competencia para la demarcación de tierras indígenas, se muestra impotente ante un caso como el guaraní, aunque asegure que está afrontando la identificación del territorio guaraní kaiowá.

El Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, libró una visita a Brasil en la segunda mitad del mes de agosto de 2008 cuyo informe incide en el caso del pueblo guaraní. Se le presenta por el Relator Especial como uno de los pueblos indígenas más expuestos a la violencia y al acoso, inclusive a un alto índice de asesinatos, por parte de la sociedad no indígena. En particular, subraya el Relator Especial, el pueblo guaraní kaiowá o del bosque en Mato Grosso do Sul atraviesa una situación de verdadera crisis humanitaria, topándose sus intentos de recuperar tierras que ahora se encuentran “*bajo el control de ocupantes no indígenas*” o “*titulados a favor de hacendados no indígenas*” sin apoyo público que resulte decisivo. Los hacendados de Mato Grosso do Sul alegan al Relator Especial que sus títulos son legales y que sus actividades constituyen la columna vertebral de la economía del Estado. El Estado de Mato Grosso do Sul apoya a los hacendados.

Una misión del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas realizó una visita a la región transfronteriza del Chaco, a las partes tanto de Paraguay como de Bolivia, entre finales de abril y comienzos de mayo de este año 2009, elaborando a continuación un par de informes, uno para el caso paraguayo y otro para el boliviano, pues se dirigen a gobiernos distintos y porque hay diferencias de situaciones y, más aún, de políticas a un lado y otro de la frontera entre dichos Estados. También hay condiciones en común, como precisamente la del expolio del territorio del pueblo guaraní condenando a la inanición o

a la servidumbre a personas y comunidades guaraníes. Conviene registrar aquí ambos informes porque esto que hay en común entre Bolivia y Paraguay es algo igualmente común a Brasil y en particular al Mato Grosso, aunque también a los Estados brasileños de Espírito Santo, Rio de Janeiro, São Paulo, Paraná, Santa Catarina, Rio Grande do Sul y Pará pues en todos ellos hay gentes guaraníes. De Bolivia y Paraguay a Brasil cabe la extrapolación no sólo de análisis, sino también de recomendaciones, sumándolas a las del informe del Relator Especial. Habría de abundarse desde luego en la recomendación de políticas de devolución de tierras o de compensación por las expoliadas de modo que el pueblo guaraní recupere condiciones para responsabilizarse de sí mismo mediante el ejercicio del autogobierno.

Rubem Thomaz de Almeida es un antropólogo conocedor del pueblo guaraní kaiowá que ha dirigido además un grupo de trabajo de la Funai para la demarcación del territorio que nunca llega. En declaraciones a *Deutsche Welle-World* para Latinoamérica, Rubem Almeida ha manifestado su decepción como profesional de la antropología y de la administración de carácter ambas asistenciales: *“En los 33 años que llevo trabajando con los guaraní, la situación nunca fue tan grave como lo es hoy, sobre todo por la inoperancia y la omisión del Estado. Los guaraní de Mato Grosso do Sul se encuentran en el más absoluto abandono. La FUNAI no actúa (...). En Mato Grosso do Sul se llevan a cabo acciones que tienen una clara tendencia genocida”*.

¿Qué más añadir? ¿Qué remedian las denuncias? ¿Qué aportan nuestros informes internacionales, los del Foro Permanente y el del Relator Especial? Ahí está la comunidad Laranjeira Nanderu del pueblo guaraní kaiowá aparcada indignamente en una franja inhóspita al borde de una carretera, privada de tierras de las que sustentarse, en situación de verdadera crisis humanitaria. Necesita asistencia urgente por supuesto, una asistencia que no se use para suplir y cancelar el debido derecho a la compensación de daños y a la recuperación de tierras.

Expolio mapuche en Neuquén, Argentina*

La Constitución del Neuquén, por su artículo séptimo, consagra como himno oficial una composición de título en mapudungún, la lengua mapuche: *Neuquen Trabun Mapu*, esto es, el Pacto, Tratado, Acuerdo o Encuentro que constituye la Tierra del Neuquén. La letra está en castellano y no ofrece indicio ninguno de que medie tratado o acuerdo entre gentes constituyentes de Neuquén ni de que el pueblo mapuche reciba algún reconocimiento a este concreto efecto. El mensaje que el himno transmite es más bien el contrario: “*Creció en el compromiso de una raza vigente / Con el cielo en los lagos todo el viento en la voz / (...) Neuquén es compromiso / Que lo diga la Patria / Porque humilde y mestizo / Sigue siendo raíz / (...) El porqué de su idea entró a mirar distancias / Y descubrió otra aurora de pie sobre el Lanín / Y vio por vez primera la piel de hombres distintos / Y sin perder su estirpe fundió una nueva piel (...)*”. El himno resulta un pésimo augurio del indigno tratamiento que Neuquén le depara a un pueblo, el mapuche, tenido bien a la vista: “*Un presagio de machis le corre por la sangre / Multiplicando panes igual que Nguenechen*”.

La Constitución del Neuquén, provincia de Argentina, reconoce a los pueblos indígenas, pero no sus derechos en cuanto tales, situándolos en la perspectiva de refundición en “*una nueva piel*” que el himno canta: “*La Provincia reconoce la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas neuquinos como parte inescindible de la identidad e idiosincrasia provincial. Garantiza el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural*”. Sólo las comunidades indígenas son reconocibles como sujetos colectivos de derechos sustantivos: “*La Provincia reconocerá la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan, y regulará la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, ni transmisible, ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurará su participación en la gestión de sus recursos naturales y demás intereses que los afecten, y promoverá acciones positivas a su favor*” (art. 53). Así viene a entenderse para el caso indígena el presagio de los machis, sabios y sabias mapuche, de multiplicación de “*panes igual que Nguenechen*”, divinidad mapuche.

Por medio de su Constitución la provincia del Neuquén asume *Poderes*, el legislativo, el ejecutivo y el judicial. Ninguno de ellos está haciendo honor al reconocimiento de la personalidad de las comunidades mapuche, de la propiedad

* Publicado el 26 de septiembre de 2009.

sobre sus tierras y del derecho a la dotación de las que necesiten para su *desarrollo humano*, así como a la participación en la gestión de sus recursos naturales. Es derecho comunitario que viene potenciado por un derecho individual registrado en la misma Constitución como un principio general: “*Los derechos, declaraciones y garantías enumerados en la Constitución Nacional y los que esta Constitución da por reproducidos, no serán entendidos como negación de otros derechos y garantías no enumerados (...) que corresponden al hombre en su calidad de tal, como individuo y como integrante de las formaciones sociales en donde desarrolla su personalidad (...)*” (art. 19). Para el caso indígena, *formación social* donde se desarrolla la *personalidad* individual es indudablemente la propia comunidad y el propio pueblo en la propia tierra con los propios recursos. Nada de esto parece tener valor ninguno para la Justicia, la Legislatura y el Gobierno neuquinos.

La *Constitución Nacional* de referencia, la de Argentina desde luego, contiene un compromiso similar sobre pueblos indígenas capacitando a las provincias para concurrir a su satisfacción: “*Corresponde al Congreso: Reconocer la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas. Garantizar el respeto a su identidad y el derecho a una educación bilingüe e intercultural; reconocer la personería jurídica de sus comunidades, y la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan; y regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano; ninguna de ellas será enajenable, transmisible ni susceptible de gravámenes o embargos. Asegurar la participación en la gestión referida a sus recursos naturales y a los demás intereses que les afecten. Las provincias pueden ejercer concurrentemente estas atribuciones*” (art. 75.17). La Constitución del Neuquén ha repetido fielmente unas fórmulas *nacionales* que ninguno de los *Poderes* neuquinos se ha tomado en serio. Por *nacional* entiéndase federal; por *provincial*, estatal.

Tras la reforma constitucional *nacional*, el Gobierno neuquino reglamentó la legislación indígena *nacional* de tiempo anterior. La Confederación Indígena del Neuquén interpuso un recurso de inconstitucionalidad ante el Tribunal Superior de Justicia *provincial* por razones tanto de incompetencia formal como de improcedencia sustantiva, al no respetarse ni derecho nacional sobre comunidades indígenas ni derecho internacional sobre pueblos indígenas. En 2005, el Tribunal Superior rechazó de plano el recurso con la argumentación de que, tratándose de jurisdicción provincial, el mismo sólo puede basarse en violación de la Constitución del Neuquén y no en la de otros ordenamientos, con lo cual eludió entrar en los méritos de fondo del caso. La actitud de desentendimiento marca pauta para el resto de la Justicia neuquina. La Legislatura concurre inhibiéndose.

Ante la evidencia de políticas provinciales sistemáticamente lesivas de los derechos reconocidos a las comunidades indígenas, como en el caso del Neuquén, alguna diligencia se ha tomado de parte nacional. En 2006 se promulgó la llamada *Ley de Emergencia en materia de posesión y propiedad de las tierras que tradicionalmente ocupan las comunidades indígenas originarias del país*, por la cual se suspende

durante el plazo de cuatro años, hasta noviembre de 2010, “*la ejecución de sentencias, actos procesales o administrativos, cuyo objeto sea el desalojo o desocupación de las tierras*” de comunidades registradas o preexistentes (arts. 1 y 2). El reglamento aclararía que con esto de la preexistencia se incluye “*a las comunidades pertenecientes a un pueblo indígena preexistente haya o no registrado su personería jurídica en el Registro Nacional de Comunidades Indígenas u organismo provincial competente*” (art. 1). Es un planteamiento que interesa a la interpretación de la Constitución.

La Ley de Emergencia puede encerrar un valor no sólo transitorio. La Constitución ha reconocido, por una parte, la preexistencia de los pueblos indígenas; por otra, la propiedad de las comunidades indígenas. La Ley de Emergencia conecta ambos extremos. La mera preexistencia debidamente constatada se convierte en título suficiente para el reconocimiento y garantía de las propiedades comunitarias indígenas. La Ley de Emergencia no se motiva de esta forma constitucional, pero contiene esta interpretación que, naturalmente, no es de efectos caducos. La misma Ley de Emergencia prevé el debido registro de las propiedades comunitarias indígenas durante el plazo de cuatro años para que su efecto sea permanente. Permanente ha de ser la interpretación constitucional en la que se basa.

La cobertura de la Ley de Emergencia es realmente amplia y beneficia desde luego a las comunidades afectadas en la provincia del Neuquén. Debería beneficiar, pues de hecho no es el caso. Neuquén no ha ido más allá de la renovación de su Constitución incorporando las fórmulas nacionales de reconocimiento indígena. O ha ido realmente más allá, pero en el sentido exactamente contrario. Las comunidades indígenas ya venían siendo acosadas y despojadas por actividades hacendarias y empresariales del más variado género, agropecuarias y no agropecuarias, extractivas y no extractivas, todo ello con el impulso del Gobierno, la inhibición de la Legislatura y el respaldo de la Justicia del Neuquén. Últimamente la situación no ha hecho más que agravarse. El acoso se acentúa y el despojo prolifera. No hay reconocimientos constitucionales ni medidas de emergencia que valgan frente a las políticas económicas y a las actividades empresariales en la provincia del Neuquén, Argentina.

El actual gobernador del Neuquén, Jorge Augusto Sapag, miembro de familia hoy dominante en la provincia desde un modesto origen libanés, líder del Movimiento Popular Neuquino, se ha convertido en el motor de la ofensiva contra las comunidades indígenas. La Justicia no le va a la zaga, produciendo una verdadera retorsión del derecho. En las antípodas de los reconocimientos constitucionales, tanto nacional como provincial, y de las garantías legales, haciendo alarde de ignorancia supina de la Ley de Emergencia y de su concepto de la preexistencia titulada o no titulada con todo su alcance constitucional, la Justicia neuquina da curso libre a las denuncias de haciendas y de empresas contra las comunidades indígenas imputándole incluso delitos por el ejercicio de una propiedad que la

parte actora considera y la justicia mira como invasión y ocupación ilegales. Para esta Justicia, no hay preexistencia de las comunidades por mucho que tal sea la evidencia sobre el terreno ni tampoco porque ambas Constituciones, la argentina y la neuquina, reconozcan como preexistentes a los pueblos indígenas a los mismos efectos ahora de garantía de su propiedad. Tamaña perversión del derecho se está produciendo hoy en el Neuquén. No hay que decir que lo primero que están ignorando los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial neuquinos es el derecho internacional de los derechos humanos en general y el derecho internacional de los pueblos indígenas en particular. Conviene recordar que pronto hará una década de que Argentina depositara en la Organización Internacional del Trabajo su ratificación del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

Jorge Augusto Sapag tiene un blog en la red con el título de *Reflexiones para la construcción de una nueva sociedad*. Lo alimentó durante la última campaña electoral, en 2007, y hoy lo tiene desatendido. Ahí se mantiene todavía como testimonio que puede ser de cargo. Se dirige a “obreros y empresarios, campesinos y ciudadanos, jóvenes y adultos, conservadores y renovadores, prudentes y arriesgados...”, no a indígenas. Los pueblos, las comunidades y las personas indígenas es evidente que sobran para sus compromisos y sus proyectos de *construcción de una nueva sociedad*.

El Movimiento Popular Neuquino con su base de inmigración conquistadora, la dinastía familiar Sapag y el gobernador actual de Neuquén encabezan políticas verdaderamente genocidas respaldadas en diverso modo por la Legislatura y la Justicia de la provincia. Están los *Poderes* provinciales empeñados en hacer realidad la *solución final* del himno neuquino: Neuquén “*fundió una nueva piel*” de una “*estirpe*” tan falsamente indígena como la del cántico mismo.

Genocidio toba y constituciones del Chaco argentino*

Los pueblos indígenas del Gran Chaco, región hoy transfronteriza entre Bolivia, Paraguay, Argentina y Brasil, se mantuvieron por lo general independientes hasta muy avanzado el siglo XIX. En Argentina costó décadas, desde los años ochenta de dicha centuria, la conquista del territorio y el sometimiento de sus gentes. Conquistar y someter lo hicieron más bien haciendas y empresas, viendo las mismas, a continuación y sin ningún problema, reconocidos y defendidos por Argentina unos títulos sobre la tierra extensibles al dominio sobre comunidades y personas literalmente cautivas en su propio territorio. En la segunda mitad del siglo XX, cuando dejaron de servir como mano de obra agraria, se produjo la expulsión masiva. Así arrancó y así ha venido progresando el genocidio que sufre el pueblo toba.

Gran parte de la diáspora de este pueblo privado de su territorio se ha refugiado en barrios marginales de ciudades, sobre todo en Rosario, provincia de Santa Fe, su núcleo urbano más extenso y poblado. Salvo la servidumbre y la cautividad, las condiciones en la ciudad no son mejores a las que sufren quienes no han migrado y resisten en su antiguo territorio. Pueden ser incluso peores en el aspecto material, sosteniéndose en muchos casos la migración toba de las basuras y los desperdicios de la población urbana. Una y otra parte de este pueblo vive hoy en condiciones de verdadera crisis humanitaria. La misma se agrava no sólo en lugares del Chaco ocultos bajo la férula de empresas y haciendas, sino también en las ciudades a la luz del día y a la vista del público. La población no indígena de reciente aluvión la contempla con la típica actitud de conmiseración racista hacia los pueblos indígenas de quienes en el fondo se saben invasores y atracadores o beneficiarios, a veces sólo potenciales, de la invasión y el atraco. El genocidio está ahora consumándose.

¿Cómo puede estar ultimándose a plena luz un genocidio en Argentina? Argentina procedió en 1994 a una reforma constitucional para el reconocimiento de “*la preexistencia étnica y cultural de los pueblos indígenas*” y de “*la posesión y propiedad comunitarias de las tierras que tradicionalmente ocupan*”, con compromiso de “*regular la entrega de otras aptas y suficientes para el desarrollo humano*” y con habilitación a las provincias, que tienen la condición de Estados federados, para proceder “*concurrentemente*” en consecuencia (art. 75 de la Constitución federal). Argentina ha ratificado el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, así como votó

* Publicado el 10 de octubre de 2009.

a favor, en la Asamblea General de Naciones Unidas, de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Repito la pregunta. ¿Cómo puede estar consumándose a plena luz el genocidio de un pueblo indígena en Argentina?

Con dicho poder concurrente que en realidad se interpone, la posición de las provincias es clave y sus Constituciones resultan entonces sintomáticas. Provincias chaqueñas son, además de la citada, Santa Fe, Chaco, Formosa, Santiago del Estero y Salta. Las Constituciones de Chaco, Formosa y Salta reconocen a los pueblos indígenas siguiendo la pauta marcada por la Constitución federal con alguna que otra diferencia significativa entre ellas. Formosa elude el compromiso de dotación de tierras “*aptas y suficientes para el desarrollo humano*” indígena (art. 79.4). Salta lo incluye repitiendo literalmente los términos de la Constitución federal (art. 15.I), pero añadiendo una salvedad que impide la recuperación de tierras: “*respetando los derechos de terceros*” (art. 15.II). Chaco, en cambio, se compromete en mayor medida de la marcada por la Constitución federal: “*La Provincia (...) dispondrá la entrega de otras (tierras) aptas y suficientes para su desarrollo humano (el indígena), que serán adjudicadas como reparación histórica, en forma gratuita, exentas de todo gravamen*” (art. 37). Una ley provincial de 1989 ya iba en esta dirección.

En todo caso, ninguna Constitución chaqueña, ni las vistas ni, aún menos, las dos restantes que quedan por ver, contempla el saneamiento de títulos para la devolución de tierras y la recuperación del territorio con el respaldo pertinente a fin de que el pueblo toba pudiera hacerse de nuevo cargo no sólo de la propia sustentación, sino también del propio autogobierno, conforme a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Pese a la Constitución federal, las Constituciones de Santa Fe y de Santiago del Estero no reconocen a los pueblos indígenas ni se comprometen a nada a su respecto. Aún más o, mejor dicho, aún menos, contienen mandatos de *colonización* directamente dirigidos contra los pueblos indígenas y a favor de la salvaguardia de los títulos de la descendencia de quienes invadieron los territorios indígenas y se apropiaron de las tierras indígenas, aunque nada de esto se especifique, por supuesto. Se recurre a una retórica al uso que puede ocultar la expropiación de comunidades indígenas. La Constitución de Santa Fe compromete a la provincia con la promoción de “*la racional explotación de la tierra por la colonización de las de su propiedad y de los predios no explotados o cuya explotación no se realice conforme a la función social de la propiedad*” (art. 28). La Constitución de Santiago del Estero “*asume el compromiso de (...) elaborar planes de colonización de las tierras, orientados a su aprovechamiento económico y social, con preferencia en la adjudicación para la explotación directa y racional por el ocupante, su familia y grupos organizados como cooperativas*” (art. 100).

En el derecho internacional de los derechos humanos hay una larga historia de Estados federales, comenzando por los Estados Unidos, que eluden compro-

misos de derechos humanos con la coartada de que son sus Estados federados los que incumplen. Es Argentina quien ha asumido compromisos tanto constitucionales como internacionales a favor de los pueblos indígenas y es Argentina quien tiene que hacer honor a los mismos. Sobre todo tras la citada reforma constitucional de 1994, que incidió en materia de derechos no sólo indígenas, Argentina está interiormente capacitada para actuar frente a las provincias renuentes. Particularmente Santa Fe, la provincia en donde se encuentra Rosario, se ha resistido hasta hoy a reformar su Constitución conforme a las directrices de la reforma federal de 1994, lo que afecta a derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, y no sólo a estos últimos.

En el ámbito internacional, no es Santa Fe quien ha de rendir cuentas en primera instancia, sino Argentina. En instancias ulteriores de tal mismo ámbito internacional, han de ser responsables quienes cometen o permiten la consumación del genocidio, incluyéndose desde luego autoridades de las provincias chaqueñas.

Censos y registros: identidad xinca en Guatemala*

En la movilización producida en Guatemala el 12 de octubre en cuanto que Día de la Resistencia Indígena, el pueblo xinca se ha pronunciado con voz propia. Las consignas generales se han dirigido principalmente contra los megaproyectos inconsultos o, dicho en positivo, a favor del derecho indígena a la consulta y el consentimiento respecto a cualquier proyecto que les afecte. El Parlamento Xinca de Guatemala ha sumado otra cuestión, una cuestión de identidad y de su acreditación. Su presidente, Eber Benito, ha aprovechado la fecha para poner de manifiesto el malestar xinca con el Registro Nacional de Personas que emite el nuevo Documento Personal de Identificación. No sólo es que se niegue a registrar la identidad xinca, sino que encima inscribe a las personas xincas como ladinas, esto es, como gente que ha perdido su identidad indígena.

El pueblo xinca es un pueblo que ha sufrido especialmente la usura del colonialismo español y de las repúblicas guatemalteca y salvadoreña, de sus políticas no menos colonialistas de nacionalización de Estado. Se da hoy para el pueblo xinca, entre las fronteras de Estados, otra circunstancia a tener en cuenta. Aparte el caso del pueblo garífuna afrodescendiente, el xinca es el único pueblo indígena en Guatemala que no pertenece a la familia maya. Puede entenderse su sensibilidad en el asunto de la acreditación de identidad. De hecho, la misma Guatemala viene preocupándose del registro de las identidades indígenas, pero a unos efectos más bien estadísticos, no a los de acreditación y consiguiente capacitación. El Registro Nacional de Personas se ocupa de inscribir los datos relevantes para la capacidad no sólo civil, sino también política. Los datos obrantes en la administración electoral a efectos de censo están previstos en Guatemala que dependan enteramente de las inscripciones efectuadas en el Registro Nacional de Personas. A uno y otro propósito, a las personas xincas las están registrando como ladinas.

La Ley del Registro Nacional de Personas es de 2005, posterior por tanto a la Constitución que reconoce *“el derecho de las personas y de las comunidades a su identidad cultural de acuerdo a sus valores, su lengua y sus costumbres”* (art. 58) y posterior también a los Acuerdos de Paz que incluyen los de Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas. Sin embargo, no hace esta ley previsión alguna sobre la inscripción de la pertenencia a pueblo indígena, aunque deje cabida a la

* Publicado el 16 de octubre de 2009.

posibilidad: “*El Registro Civil de las Personas es público, y en él se inscriben los hechos y actos relativos al estado civil, capacidad civil y demás datos de identificación personal de las personas naturales; el reglamento de inscripciones determinará lo concerniente a ese respecto*” (art. 67), pero el Reglamento tampoco especifica nada al propósito. En cualquier caso, entre dichos “*demás datos de identificación personal de las personas naturales*” o, como dice el Reglamento, “*demás hechos y actos que modifiquen el estado civil y la capacidad civil de las personas naturales*” (art. 3), puede desde luego comprenderse el *dato* o *hecho* de la identidad indígena del caso. Con la falta de previsión normativa, ello queda a la disposición o incluso a la arbitrariedad del propio Registro. Aquí se origina la práctica que provoca el reclamo xinca en el Día de la Resistencia Indígena.

Los censos, así como todo género de encuestas, se han ocupado últimamente en Guatemala de la condición indígena. Se tiene información en “*La etnicidad y las fuentes oficiales de información estadística*”, capítulo tercero de *Diversidad étnico-cultural: La ciudadanía en un Estado plural. Informe Nacional de Desarrollo Humano* del PNUD (Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, Guatemala, 2005) y en el *Manual para la transversalización de género y pueblos en el INE* (Instituto Nacional de Estadísticas, Guatemala, 2009). El último y undécimo Censo de Población y Habitación, de 2002, incluye la pregunta: “*¿Es indígena o no? ¿A qué grupo étnico pertenece?*”, así como especifica la categoría de *xinca* entre las opciones de respuesta. *Grupo étnico* es término de la Constitución, cuyo uso se mantiene frente al de *pueblos indígenas* a pesar de que Guatemala ya había ratificado a dichas alturas del último censo el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Encuesta Nacional Sociodemográfica, la Encuesta de Ingresos y Gastos Familiares, la Encuesta Nacional de Condiciones de Vida, la Encuesta Nacional de Empleo e Ingresos, la Encuesta de Salud Materno-Infantil, la Encuesta Nacional Agropecuaria..., todas ellas se interesan de diverso modo por la condición indígena. “*¿Es indígena? Sí, no*”, “*¿Es el productor/a indígena?*”, y así. La última Encuesta de Salud Materno-Infantil, de 2002, requiere del encuestador que registre sus propias observaciones a fin de “*identificar el grupo étnico entre indígena, ladino u otro a especificar*”, pero son más los formularios de encuestas que hacen la indicación contraria de “*autoadscripción*” o autoidentificación de la misma parte indígena. Cuando en estas encuestas se relacionan *grupos étnicos* como opciones de respuesta, el pueblo xinca no figura, quedando relegado como “*otro a especificar*”. El encuestador o la encuestadora no suele llevar por tanto como opción visible la *xinca*. Por lo demás, el modelo del Documento Personal de Identificación que aparece en el sitio web del Registro Nacional de Personas muestra la foto de una joven inconfundiblemente ladina.

En todo caso, en Guatemala, tanto el censo como las encuestas oficiales ya tienen por regla durante los últimos años la visibilidad indígena. El referido *Manual para la transversalización de género y pueblos* del Instituto Nacional de Esta-

dísticas recomienda que se amplíen y modulen tanto las preguntas referentes a la identidad indígena como las opciones de respuesta, incluyéndose la *xinca*. Respecto a sus nuevas sugerencias, el *Manual* se basa en los *Principios y Recomendaciones para censos de población y vivienda* del Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de Naciones Unidas, cuya segunda revisión se ha hecho pública en 2008. Esta última edición de los *Principios y Recomendaciones* trae la novedad de dedicar la atención de un rubro específico a los *pueblos indígenas*, con esta identificación (párrafos 2.163-2.167), consignando además claramente un principio: “*Las cuestiones relativas a la identidad indígena han de atenerse al principio de la autoidentificación*”. En su sesión de 2007, el Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas avaló el proyecto, con tal género de principios, de esta última revisión de los *Principios y Recomendaciones*.

¿Por qué no se ha adoptado esa pauta, una pauta ya sentada tanto en Guatemala como en el orden internacional, cuando en 2005 se instituyen el Registro Nacional de Personas y el Documento Personal de Identificación? ¿Por qué el censo electoral tampoco seguirá, pues dependen del mismo Registro, tal pauta? Ante el despliegue visto de la identificación indígena en las encuestas oficiales, no cabe argüir que de parte institucional guatemalteca o del lado de la cooperación internacional en su función de apoyo a tales operaciones incidiese el escrúpulo de que el registro *étnico* podría tener efectos de discriminación negativa, lo cual, sea dicho de paso, sólo puede darse por seguro desde la presuposición inconfesa de continuidad y refuerzo del dominio ladino. El argumento de no darse pie a la discriminación ciertamente se utilizó de parte tanto ladina como foránea, pero no es creíble en el contexto. Aunque en medios de la cooperación internacional pudiera creerse de buena fe, lo que es mucho conceder, en dicho efecto no neutralizable de discriminación no positiva, para Guatemala la sustracción o manipulación del dato *étnico* en la identidad personal no es más que política de nacionalización de Estado persiguiendo siempre, aunque sea a la larga, refundir la población toda.

La explicación de fondo de la discrepancia marcada entre unos mecanismos y otros de relevamiento de la población radica en la efectiva diferencia entre, de una parte, Registro Nacional y Documento Personal y, de otra, Censo y Encuesta. Para la perspectiva del Estado, Censo y Encuesta se realizan a efectos estadísticos para la adopción de políticas, de unas políticas de nacionalización más eficiente con base en el conocimiento del mapa *étnico*; Registro y Documento, para dar fe de las condiciones de las personas para asumir y ejercer sus derechos tanto en el ámbito privado como en el público, también en el político. A estos efectos de eventual capacitación civil, en general, y ciudadana, en particular, de las personas, comunidades y pueblos indígenas, éstas y estos mediante la identificación de sus miembros, es la entidad quien decide que el dato de la identidad como tales, como indígenas, sea irrelevante o aleatorio, quedando entonces a la discreción de la agencia registral y no a la autodeterminación de la autoadscripción, autoidenti-

ficación y autodefinición, valgan todas las convenientes redundancias, de la parte interesada, como la xinka en el caso.

La Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “*los pueblos indígenas tienen derecho a determinar su propia identidad*” (art. 33.1); que “*los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a pertenecer a una comunidad o nación indígena*” (art. 9); que “*los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura*” (art. 8.1); o también que “*los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado*” (art. 19). He aquí el derecho aplicable a la reclamación formulada por el pueblo xinka con ocasión del 12 de octubre, Día de la Resistencia Indígena.

Genocidio de Estado y derecho de pueblos en Costa Rica*

La Comisión Especial de Derechos Humanos de la Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica ha dictaminado positivamente una reforma del Código Penal destinada, según se le presenta, a la defensa de los derechos humanos mediante el agravamiento de las penas correspondientes a los delitos lesivos de los mismos, delitos que, a la hora de la verdad, se enmarcan y tipifican de forma que no protejan a las personas, comunidades y pueblos indígenas, quienes se encuentran notoriamente en riesgo de ser las víctimas. Entretanto, el Pleno de la Asamblea ha interrumpido el proceso de aprobación de la Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas. Y la Comisión Permanente Ordinaria de Asuntos Sociales tiene en agenda algún otro proyecto de ley sobre indígenas que resulta materialmente genocida. Esta Comisión que se dice social, y no la de Derechos Humanos, es la que tiene la competencia sobre asuntos indígenas.

La reforma del Código Penal propone un nuevo título sobre “*Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario*”. Este adjetivo de *humanitario* es clave. Como explica el proyecto, el nuevo título se circunscribe a “*las violaciones graves del Derecho Internacional Humanitario, es decir, las que necesariamente se cometen en una situación de conflicto armado*”. La tipificación de los nuevos delitos registra continuamente esta restricción. Se trata de crímenes que se cometen “*con ocasión de un conflicto armado o en su desarrollo*”. Al presentarse ahora, a finales de octubre, el dictamen positivo por la Comisión de Derechos Humanos, el diputado que presentó e impulsó el proyecto enfatiza que la reforma “*implica integrar todos los tratados y convenios internacionales del derecho humanitario internacional*” en el derecho penal costarricense, con un *todos* que induce a confusión. La prueba de esta confusión, elevándose a engaño, viene en sus propias palabras a continuación. Arguye que el genocidio queda incluido porque “*el genocidio es la matanza de personas*” y, por tanto, un delito de derecho internacional humanitario. El proyecto se presenta como si se dirigiera a la defensa penal de los derechos humanos en general, tal y como si viniera a hacer honor a “*todos los tratados y convenios internacionales*” respectivos.

La reforma pretende de modo expreso estar poniéndose al día con las obligaciones de Costa Rica en cuanto toca a la vertiente penal de los tratados y convenios de derechos humanos que tiene suscritos. Costa Rica ha ratificado el Es-

* Publicado el 28 de octubre de 2009.

tatuto de la Corte Penal Internacional en 2001. La motivación del proyecto de reforma del Código Penal en materia de derechos humanos hace naturalmente referencia explícita al Estatuto, pero ofreciendo en momentos la impresión de que se circunscribe tan sólo a los crímenes de guerra. Bastaría empero leer el artículo del Estatuto sobre, sin ir más lejos, el primer delito que tipifica, el de genocidio, para comprobar que éste es más, bastante más, que “*la matanza de personas*” en situaciones de conflicto bélico, incluyendo desde luego otros supuestos en los que pudieran estar incurriendo precisamente, sin necesidad de ir tampoco más lejos, políticas costarricenses respecto a personas, comunidades y pueblos indígenas. Esto es lo que con todo cuidado se elude en la reforma proyectada del Código Penal para la presunta defensa de derechos humanos. El mismo sujeto de los delitos tipificados se define en términos exquisitamente individuales. La eventual responsabilidad colectiva, como pudiera ser la de Estado con políticas lesivas de derechos humanos, queda por completo implícitamente excluida.

En 1993 Costa Rica ratificó el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, en el que se contienen derechos que pueden precisar una específica protección penal. Si hoy se le interpreta, como se debe, a la luz de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no cabe duda alguna de que tales derechos son derechos humanos. En un país como Costa Rica dentro de cuyas fronteras existen pueblos indígenas, ¿no habría la reforma del Código Penal en materia de derechos humanos tipificar delitos en protección de derechos indígenas? Podría objetarse que la misma reforma lo que se plantea es cumplir con *tratados y convenios* ratificados por Costa Rica y que éste no es el caso de la susodicha Declaración. O tal vez lo sea.

La Declaración tiene un valor vinculante equivalente al de los instrumentos convencionales (art. 38: “*Los Estados, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, adoptarán las medidas apropiadas, incluidas medidas legislativas, para alcanzar los fines de la presente Declaración*”). Repárese en estos registros suyos: “*Las personas indígenas tienen derecho a la vida, la integridad física y mental, la libertad y la seguridad de la persona*” (art. 7.1); “*Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura*” (art. 8.1). ¿No están reclamando estos derechos una protección penal que se sustanciase ante todo en la tipificación como genocidio de las políticas y las acciones –del Estado y de cualesquier otros agentes– lesivas de tales derechos? Hasta en su lenguaje, por ejemplo en la referencia a la *integridad física y mental*, dichos registros de derechos están remitiendo a la tipificación del genocidio por la Convención sobre Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y por el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Costa Rica ratificó la Convención tan temprano como en 1950.

En consecuencia, con esta ratificación y conforme así a la Convención sobre Genocidio, el propio Código Penal de Costa Rica ya contiene la tipificación de

este delito conteniendo supuestos claramente distintos al de “*la matanza de personas*”, como el de producir a “*un determinado grupo de seres humanos, por razón de su nacionalidad, raza, o creencia religiosa o política (...) graves daños corporales o psíquicos*” o el de colocarle “*en condiciones de vida tan precaria, que haga posible la desaparición de todos o parte de los individuos que los constituyen*” (art. 375). ¿No se está así ya protegiendo penalmente en buena medida, con tal tipificación del genocidio, derechos de los pueblos indígenas como los referidos? No lo entiendo así evidentemente el actual proyecto de adición de un nuevo título al Código Penal. La incongruencia salta a la vista. O algo peor que la incongruencia es lo que se acusa. Se está solapando y ocultando con la reforma en curso la protección penal ya existente de derechos de los pueblos indígenas mediante la tipificación del delito de genocidio.

La Comisión de Asuntos Sociales de la Asamblea Legislativa tiene en agenda un proyecto de ley para Devolver la Dignidad Humana al Indígena, con esta exacta y extraña denominación. Con todo tipo de explicaciones sobre la universalidad e igualdad de los derechos humanos plantea este proyecto la cancelación absoluta y definitiva de todo derecho específico de personas, comunidades y pueblos indígenas, inclusive de los derechos que implica la vigencia sostenida de la Ley Indígena de 1977, unos derechos más bien precarios a estas alturas por la labor constante de zapa de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, dependencia gubernamental, aun habiéndose instituido como ente descentralizado, con representación indígena en minoría y subordinada, por no decir que cooptada y corrompida.

Con base en la Constitución (art. 33: “*Toda persona es igual ante la ley y no podrá practicarse discriminación alguna contraria a la dignidad humana*”), la *dignidad humana* es un motivo que viene alegándose en la Asamblea Legislativa de Costa Rica contra los derechos indígenas desde la misma ratificación del Convenio 169. A efectos prácticos, a nadie se le oculta que se trata de un proyecto para hacer desaparecer de forma incruenta a las comunidades y pueblos indígenas en cuanto tales, un supuesto tipificado como genocidio por el derecho internacional y el Código Penal de Costa Rica interpretado conforme al Convenio sobre Genocidio. No obstante, para la Comisión de Derechos Humanos, si no hay “*matanza de personas*”, no hay genocidio. Y los medios genocidas pretenden que la *dignidad humana* se le arrebatara al indígena por el reconocimiento de derechos a los indígenas.

El proyecto de ley para Devolver la Dignidad Humana al Indígena no parece que tenga posibilidades de progresar, pero el caso es que en la Asamblea General de Costa Rica se presentan y admiten a trámite propuestas literal y gravemente delictivas, proposiciones de perpetración por el Estado de genocidio contra indígenas. Tampoco es que sea el único proyecto de ley sobre materia indígena en la agenda de la Comisión sobre Asuntos Sociales. Hay otros pendientes. Mientras

tanto, el derecho en vigor lo marca la Ley Indígena con todo el arrastre de su degradación por obra de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas y de los intereses que la manejan. Si no hubiera ricas reservas de recursos diversos en territorios indígenas, toda esta historia sería distinta.

El más relevante entre los diversos proyectos de ley, por su alcance y porque cuenta con el respaldo indígena, de representantes y organizaciones no corrompidos por la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, es el de la Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas, cuyo planteamiento procede nada menos que de los tiempos de ratificación del Convenio 169. Se enfrenta a la enemiga de la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, que habría por supuesto de desaparecer para dar paso a la autonomía de los pueblos indígenas. En la legislatura en curso el proyecto ha progresado hasta el Pleno, habiéndose logrado el dictamen favorable de la Comisión de Asuntos Sociales, pero, hace sólo un par de meses, el Pleno ha acordado la devolución del proyecto a la Comisión, lo que significa pura y simplemente un mal disimulado rechazo.

La devolución en vez del rechazo permite a Costa Rica pretender ante las instancias internacionales de derechos humanos que la autonomía indígena sigue en estudio. En su informe recién presentado para el Examen Periódico Universal a finales de año ante el Consejo de Derechos Humanos, esta es la somera referencia al asunto:

“Sobre los derechos de las minorías étnicas, debe mencionarse para el caso de las poblaciones indígenas, que continúa en trámite ante la Asamblea Legislativa el Proyecto de Ley de Desarrollo Autónomo de los Pueblos Indígenas N° 14.352, gracias a una prórroga cuatrienal (2009-2014) aprobada en el mes de mayo de 2009, que evitó su archivo. Este proyecto pretende mejorar significativamente el marco jurídico para la protección y el desarrollo de las poblaciones indígenas, aunque ha generado una amplia discusión entre varios sectores, incluyendo al (sic, en masculino) CONAI, organizaciones de la sociedad civil como la Mesa Nacional Indígena y los partidos políticos representados en el Congreso”.

Aparte la degradación de los pueblos indígenas a *minorías y poblaciones*, queriendo así conjurarse del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo y de la Declaración de Naciones Unidas, la oposición de la Conai, la referida Comisión Nacional de Asuntos Indígenas, y de los partidos políticos dominantes a la Ley de Desarrollo de los Pueblos Indígenas ofrece coartada. La oposición a la autonomía indígena de una dependencia gubernamental, la Conai, se enarbo-la como argumento. La Mesa Nacional Indígena que se presenta por el informe como *“organización de la sociedad civil”* es la instancia representativa de los pueblos indígenas de Costa Rica. La Mesa Indígena apoya la Ley de Autonomía.

¿Resulta necesario extraer conclusiones? Al Estado no le hace falta habilitarse con vistas al genocidio contra indígenas mediante la Ley para Devolver la Dignidad Humana al Indígena porque de ello ya se ocupa más elegante y menos

frontalmente, con la simulación y el solapamiento, el proyecto de nuevo título del Código Penal sobre Delitos contra Personas y Bienes Protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. Está visto que, cuando se trata del mantenimiento de la sujeción colonial de los pueblos indígenas, hasta el derecho de los derechos humanos se pervierte radicalmente.

Vía chilena al colonialismo en Wallmapu*

La historia en tiempos contemporáneos de los títulos sobre la tierra en Wallmapu es realmente torturada por causa de la fuerte dialéctica entre la presión expropiatoria de la República de Chile y la resistencia territorial del pueblo mapuche incluso tras sufrir la conquista chilena en los años ochenta del siglo XIX y la apertura subsiguiente del territorio a la colonización foránea. Ya en el siglo XX, Chile acaba pretendiendo que la propiedad indígena no deriva del derecho mapuche, sino de la merced del Estado. Merced había sido nombre de título colonial, el cual se intenta así recuperar para degradar el derecho indígena. Y el resto fue el expolio, un expolio lo suficientemente cercano como para que se guarde memoria viva. De la memoria viva nace la reclamación de las *tierras ancestrales*, las tierras expoliadas. Mas en tiempos de postcolonialismo, Chile recurre a procedimientos sorprendentes para mantener un despojo de índole tan colonial.

El último paso realmente sorpresivo se ha producido finalizando octubre con la suscripción formal de un convenio entre el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia y un centro universitario de realización del catastro de tierras y registro de aguas mapuche para evaluar disponibilidades de forma que prácticamente se traslada la capacidad decisoria sobre tales recursos del primero al segundo, del ámbito político al ámbito académico. José Antonio Viera-Gallo, ministro secretario general de la Presidencia y coordinador de Asuntos Indígenas del Gobierno, ha pregonado la noticia vinculándola con la entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes y con los planes del Gobierno para la creación, ley mediante, de un ministerio de Asuntos Indígenas y de una Agencia de Desarrollo Indígena para la administración de los Fondos de Desarrollo Indígena y de Tierras y Aguas Indígenas a fin todo ello de que el nuevo ministerio y la nueva agencia se hagan cargo de la puesta en práctica tanto procedimental como sustantiva de dicho importante tratado multilateral, el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo.

No hay modo de salir de la sorpresa. Lo primero que establece el propio Convenio 169 para su puesta en práctica es que debe hacerse mediante consulta con la parte indígena. Más todavía (art. 6), a partir de la entrada en vigor, que ya se ha producido, del Convenio, “*cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente*” a indígenas, aléguese o no el Convenio, haya o no haya previsión en el mismo sobre el asunto del caso, debe

* Publicado el 30 de octubre de 2009.

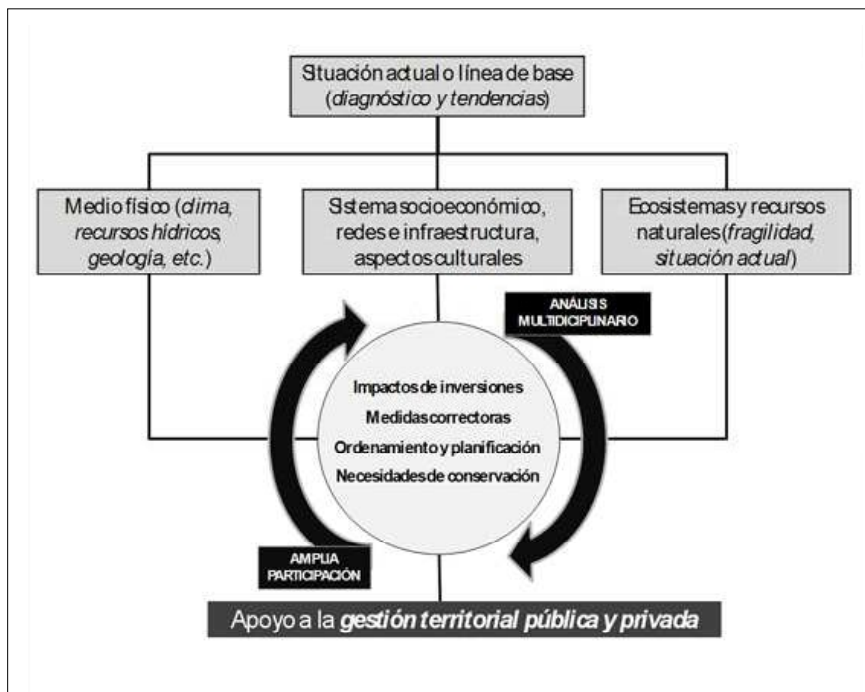
procederse a la consulta previa “*mediante procedimientos apropiados*”, “*de buena fe*”, “*con la finalidad de llegar a un acuerdo*” y “*a través de sus instituciones representativas*”, las de “*los pueblos indígenas*”, no las que decida u organice el Estado. Ni el convenio de marras -el del catastro de tierras- ni la remodelación del organigrama de instituciones gubernamentales para asuntos indígenas -nada de esto que se presenta como mecánica de puesta en práctica del Convenio 169-, se ha sometido a consulta.

La parte académica del convenio de catastro de tierras y registro de aguas es el Centro de Ciencias Ambientales EULA perteneciente a la Universidad de Concepción, el cual lleva dedicándose no sólo a programas de docencia e investigación, sino también a proyectos de asesoramiento y asistencia sobre impacto ambiental y manejo de recursos por cerca ya de unos veinte años sin particular atención a la presencia de los pueblos indígenas y, aún menos, a sus derechos. Comenzó a interesarse hace ahora diez años al detectar que, para la financiación de proyectos, existía una buena clientela pública con manejo de sustanciosos presupuestos respecto a asuntos indígenas. EULA sólo ha ofrecido sus servicios al respecto a ministerios del Gobierno, como el de Obras Públicas o el de Bienes Nacionales, o a la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, instrumento igualmente gubernamental. Nunca se ha planteado ni la más remota posibilidad de hacerlo a las comunidades o a los pueblos indígenas. El sitio web del Centro EULA no tiene programas ni investigaciones en línea que versen sobre materia indígena, si hacemos excepción de un solitario seminario sobre el Convenio 169. El mismo Centro ya realizó hace un lustro un catastro inservible de tierras indígenas cuyo encargo aquella primera vez obtuvo concurriendo a licitación pública. Ahora el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia del Gobierno le hace el regalo. Está buscando el aval académico para la operación política.

El equipo que se ocupa en el Centro EULA de los servicios pertinentes al catastro de tierras y registro de aguas es la Unidad de Planificación Territorial, el cual se presenta en el sitio web de esta guisa literal: “*La Unidad está integrada por un equipo multidisciplinario de investigadores con experiencia en Planificación Territorial y Desarrollo Urbano, Desarrollo Rural y Minorías Étnicas, Demografía y Población, Recursos Naturales, Valoración Económica de Servicios Ambientales, Gestión de Áreas Naturales y Espacios Culturales, Evaluación Ambiental de Proyectos e Inversiones, Conflictos Ambientales y Participación Ciudadana. Nuestro quehacer académico y asesorías al sector público y privado está orientado por un enfoque que integra las múltiples y complejas relaciones entre los diferentes componentes del territorio entre ellos los usos del suelo, la distribución y características de los recursos naturales, el comportamiento demográfico de la población y las redes de infraestructura*”. Obsérvese bien. La *experiencia* que se alega es en *minorías étnicas*, no exactamente la mejor entrada para ocuparse de asuntos indígenas. Y la *participación* prevista es *ciudadana*, lo que en Chile no incluye y hasta excluye la consulta indígena. Nótese

que todos estos signos de inadecuación para el encargo pueden ser los méritos que al efecto se aprecian por la parte política que lo hace.

No me resisto a la tentación de copiar el cuadro metodológico de la Unidad de Planificación Territorial a la que el Gobierno de Chile le ha confiado el catastro de tierras y registro de aguas a las que los mapuche puedan tener derecho, un cuadro donde los mapuche no tienen cabida. Pudiera decirse que alguna entrada pudieran encontrar, como a través por ejemplo de la previsión de tratamiento de “*aspectos culturales*”. Concedámoslo. ¿Es esta presencia o cualquier otra igualmente solapada, tanto como para resultar invisible, la comparecencia que requiere el Convenio 169 o, yendo más al fondo, la que exige la misma dignidad de quienes ven sus derechos entregados a una institución académica y además tan inadecuada, por no decir que incompetente? Aquí, a continuación, se tiene un cuadro tan elocuente.



¿Qué hace un equipo de tales características haciéndose cargo de la puesta en práctica del Convenio 169 para una vertiente además tan sensible como la de tierras y aguas? Los términos principales de referencia del convenio con el Ministerio de la Secretaría General de la Presidencia no son, sin embargo, de derecho internacional. No lo son ni el Convenio 169 ni, todavía menos, pues ni siquiera se le menciona, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Los términos de referencia son de derecho interno. El acuerdo entre ministerio y centro especifica que para la identificación de las tierras mapu-

che ha de atenderse ante todo al artículo 12 de la Ley Indígena, artículo que define “*las tierras indígenas*” como “*aquellas que las personas o comunidades indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión*” con título registrado por el Estado o que en el futuro los tribunales de Justicia les reconozcan o el Estado les conceda. ¿Es éste realmente el derecho vigente en Chile en cuanto al derecho indígena a la tierra? ¿Es que no se ha producido ya la entrada en vigor del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre los Pueblos Indígenas? ¿O es acaso que el mismo no dice nada sobre el derecho a la tierra?

El Convenio 169 contiene todo un capítulo sobre tierras que se inicia con este artículo: “*Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. La utilización del término tierras (en este capítulo) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera*” (art. 13), extensión del derecho a la tierra al derecho al territorio con la que se relaciona este otro artículo: “*Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos*” (art. 15.1). El primer recurso es el agua, un recurso del que se viene privando a las comunidades mapuche y cuya calificación queda ahora, por dejación del Gobierno, en manos de un centro universitario y sin participación indígena alguna. ¿Qué mayor contravención se quiere del Convenio?

El derecho chileno hoy vigente en materia de tierras y aguas de territorio indígena es el que se contiene, no en la Ley Indígena, sino en el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas. Este no sólo es norma posterior de rango no inferior (la Ley es de 1993 y el Convenio ha entrado en vigor en Chile en 2009), lo cual bastaría para hacerlo prevalecer, sino que además es norma de rango superior, con lo que no puede caber la mínima duda sobre su prevalencia. Atiéndase a esta *Base de la Institucionalidad* tal y como la establece la Constitución: “*El ejercicio de la Soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*” (en art. 5). Ahí, netamente por encima de la ley ordinaria, se sitúa el Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo, un *tratado internacional ratificado por Chile y que se encuentra vigente*.

El año 2008, para celebrarse la ratificación del Convenio 169 por Chile, quiso conmemorarse también el décimo quinto aniversario de la Ley Indígena. La referida Corporación Nacional de Desarrollo Indígena se ocupó de realizar su edición

celebrativa. En sus prolegómenos se saluda no sólo el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas, sino también la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Pero no se entiende que estas normas de derecho internacional estén requiriendo algún tipo de replanteamiento de la Ley Indígena que a continuación se reproduce. Muy al contrario, su prólogo, suscrito por el director de dicho organismo, Álvaro Marifil, concluye sentando que *“la Ley Indígena es una conquista de los pueblos indígenas, continúa aún vigente en sus aspectos sustantivos y se fortalece en la interpretación de sus principios”*. Nada más falso. La Ley Indígena no se fortalece con el Convenio y la Declaración. Convenio y Declaración están requiriendo una reforma a fondo de la Ley Indígena, una reforma que además ya se ha iniciado en virtud de la entrada en vigor del Convenio 169 en Chile. Parte importante de la Ley Indígena, como el referente al derecho a las tierras, sencillamente ya no está vigente, pese a la última sorpresa de la dejación de funciones del Gobierno en una universidad con el término de referencia de la Ley y no del Convenio 169.

¿Qué se juega con todo esto? Nada menos que el derecho mapuche a las *tierras ancestrales*, cuyo expolio quiere sellarse con la operación política que busca el aval académico. *“El Estado chileno tiene la obligación de restituir las tierras ancestrales de los pueblos indígenas”*, ha manifestado en la presentación de su informe sobre Chile al Consejo de Derechos Humanos el actual Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya. No se trata de dotar a comunidades con las tierras y aguas que el Centro EULA determine, sino de hacerles justicia restituyéndoles propiedades e indemnizándoles por el expolio. La Ley Indígena puso un candado a la posibilidad de restitución de tierras indígenas, pero el Convenio 169 ha venido a abrir ahora la cerradura. La celebración del décimo quinto aniversario de la Ley Indígena quiso asegurar el cierre del candado ante la inminencia de la entrada en vigor del Convenio 169. La última ocurrencia para que nadie ose abrirlo es la de poner el asunto en manos de un centro de la Universidad de Concepción, el que se pretende que ahora dirima el caso. Se trata ante todo de excluir a la Justicia una vez que el Convenio 169 ha entrado en vigor. El Gobierno no deja de conspirar para consumir el fraude de tratado. Dije que era algo sorprendente. Más bien es una desfachatez ofensiva y escandalosa. Mido mis palabras.

¿Cómo puede estar de tal modo burlándose por el Gobierno de Chile un tratado internacional y además de la importancia del Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas de la Organización Internacional del Trabajo? ¿Y cómo, aparte las razones de presunta venalidad, puede la Universidad de Concepción ser tan irresponsable como para admitir la complicidad de un centro suyo en la operación de burla del derecho? Y la burla lo que implica es el expolio de los pueblos indígenas. He ahí la vía chilena al colonialismo, la vía chilena al refuerzo a toda costa de un colonialismo que es criatura del propio Chile.

Violencia sexual y genocidio indígena*

El Consejo de Seguridad de Naciones Unidas viene últimamente, durante el presente siglo, adoptando resoluciones unánimes y firmes contra la práctica de la violencia sexual como método de guerra y también en sí misma como forma de “tortura” hasta hora desatendida por el derecho penal internacional. El Estatuto de la Corte Penal Internacional ya considera la “violación” como “*crimen de lesa humanidad*” cuando es “*parte de un ataque generalizado sistemático contra una población civil*” (art. 7.g). El Consejo de Seguridad está acentuando la preocupación y extendiéndola a extremos que pueden interesar a la defensa penal internacional de los pueblos indígenas.

El Consejo de Seguridad ya había abierto camino en los años noventa del siglo pasado al establecer los Tribunales Penales Internacionales para la ex Yugoslavia y para Ruanda, contemplando en sus Estatutos la “violación” como “*crimen contra la humanidad*”. La jurisprudencia de estos tribunales ha incidido en la consideración del delito de violación como forma de “tortura” e incluso de “genocidio” que se puede además cometer sin ejercicio directo de violencia. En el caso *Akayesu*, el Tribunal para Ruanda condena por violaciones constitutivas de genocidio a un oficial que no ha cometido personalmente ninguno de los actos de violencia sexual probados. Los ha permitido e incitado como parte de una ofensiva genocida. La sentencia además argumenta que la violación sistemática de mujeres de distinto “grupo étnico” puede constituir prueba de la intencionalidad genocida. En el caso *Kunarac*, el Tribunal para la ex Yugoslavia determina que bastan las circunstancias de amenaza y sometimiento para poder entenderse que los actos sexuales no son consentidos y constituyen por tanto, sin necesidad de violencia singular y directa, violación.

La jurisprudencia de los tribunales especiales para la ex Yugoslavia y para Ruanda no goza de la autoridad de la que pueda producir la Corte Penal Internacional, pero sienta precedentes que podrán guiar a ésta. Algo parecido ocurre con las resoluciones del Consejo de Seguridad sobre el asunto, que ante todo se dirigen a las propias instancias y misiones de Naciones Unidas. A efectos más generales, no tienen la autoridad de las declaraciones de la Asamblea General, pero sientan criterios que podrán atenderse tanto por ésta misma como directamente por la Corte y también por los Estados. De hecho, entre la jurisprudencia de los tribunales especiales y las resoluciones del Consejo de Seguridad está indicándose a la Corte Penal Internacional una vía para la interpretación más integrada de

* Publicado el 9 de noviembre de 2009.

los delitos de genocidio y de lesa humanidad de lo que parece permitir el propio Estatuto de la Corte. Aparte de que aparezcan como si fueran compartimentos estancos, la violación figura como crimen de lesa humanidad y como crimen de guerra, pero no como forma de genocidio.

En esta línea de mayor comunicación entre los delitos de derecho internacional –el genocidio, los crímenes de lesa humanidad y los crímenes de guerra– han abundado las últimas resoluciones del Consejo de Seguridad. La Resolución 1820, de 2008, establece que “*la violación y otras formas de violencia sexual*” pueden constituir no sólo un crimen de guerra o un crimen de lesa humanidad, sino también “*un acto constitutivo con respecto al genocidio*”. Los “*actos de violencia sexual*” contra mujeres y niñas pueden formar parte de una “*táctica de guerra destinada a humillar, dominar, atemorizar, dispersar o reasentar por la fuerza a miembros civiles de una comunidad o grupo étnico*”. La humillación, la dominación, el amedrentamiento, la dispersión y la dislocación de “*comunidades y grupos étnicos*”, como por ejemplo los indígenas, a través, entre otros mecanismos, de la violencia sexual sobre mujeres y niñas del grupo habrá de entenderse que constituyen crimen de lesa humanidad o que podrán constituir incluso “*acto constitutivo con respecto al genocidio*”. Son delitos internacionales por sí, sin necesidad de que se cometan en situaciones de conflicto.

Las Resoluciones 1888 y 1889, de 2009, avanzan notablemente en el empeño del Consejo de Seguridad por comprometer tanto a las mismas instancias de Naciones Unidas como a los Estados en la lucha hasta ahora descuidada contra la violencia sexual como asunto internacional, pero no proceden a ulteriores sugerencias sobre la interpretación y el alcance de los delitos. Se centran en situaciones de conflictos armados y de procesos de paz con aportaciones tan relevantes como la de considerar que, para vencerse eficazmente la impunidad proverbial de los delitos de violencia sexual contra mujeres y niñas en situaciones de conflicto, las mujeres mismas deben tener una mayor participación en los procesos de paz a todos los niveles. Se trata de un par de resoluciones realmente comprometidas a efectos prácticos. El Consejo de Seguridad fuerza finalmente al máximo sus competencias en esta materia de la política del derecho penal internacional contando con la unanimidad de sus miembros y con la anuencia del resto de los Estados. Se mira a la protección de un sector vulnerable por razón de género o también de infancia, pero son pasos que pueden interesar a la protección penal de los derechos de todos.

Mediante la violencia sexual contra mujeres y niñas puede estarse cometiendo *genocidio* contra *grupos étnicos*, contra los pueblos indígenas por ejemplo, también y desde luego contra sus hombres aunque no sufran por su parte la violencia sexual en carne propia. Atendamos ante todo a que el genocidio se había considerado hasta ahora como un delito tipificado por los solos y estrictos supuestos de la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio y del

Estatuto de la Corte Penal Internacional, normas además de contenido idéntico al respecto (arts. 2 y 6 respectivamente). Según ellas puede ser caso de genocidio, de mediar intencionalidad, el de que se tomen “*medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo*”, lo que cabe relacionarse con algunas formas de violencia sexual sistemática, pero no con todos los casos contemplados por los Tribunales especiales y por el Consejo de Seguridad. De hecho, está produciéndose una ampliación del delito de genocidio realmente requerida por la defensa penal de los derechos humanos y que cuenta con la base de una interpretación integrada con otros delitos tipificados por los Estatutos de los Tribunales especiales y de la Corte Penal Internacional, que tienen mucho en común.

Ha habido otro intento reciente de extensión del delito de genocidio que no prosperó aunque igualmente respondía al requerimiento palmario de defensa penal de derechos humanos. El proyecto de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establecía que “*los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual a no ser objeto de etnocidio y genocidio cultural*”, lo que desapareció de la versión definitiva. Se adelantó por poco a la posibilidad que ahora se está abriendo. Hay desde luego en la misma Declaración definitiva registro de derechos en los que basar la recuperación de esa extensión del genocidio: “*Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura*” (art. 8.1). Y algún supuesto de genocidio de la Convención y del Estatuto de la Corte también puede dar pie: “*Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*”. El concepto del delito de genocidio puede y debe ampliarse.

La mejor vía para que así se haga no es la de los tribunales especiales ni la del Consejo de Seguridad o ni siquiera la de la Corte Penal Internacional. Porque sea factible, no es la óptima. Convendría por supuesto que la Asamblea General procediese a una declaración en dicha dirección y que la Asamblea de los Estados Partes o una Conferencia de Revisión procediese a la reforma consiguiente del Estatuto de la Corte que, por afectar a la sección sustantiva de los delitos, habría a continuación de abrirse a nueva ratificación (art. 121 del Estatuto). También el Consejo de Seguridad puede denunciar ante la Fiscalía de la Corte casos de genocidio por comisión de violaciones (art. 13), y así prevenirlos promoviendo la interpretación más integrada de los delitos de competencia de la misma. La propia Fiscalía puede asumir esta línea sin necesidad de la denuncia del Consejo; y la Corte, adoptar la jurisprudencia que comunique el genocidio con los crímenes de lesa humanidad entre los que ya figura la violación.

Los planteamientos avanzados por el Consejo de Seguridad y los Tribunales especiales pueden interesar aún en mayor medida a los pueblos indígenas. Se reclama el fin de la impunidad de la violencia sexual en general y más específicamente contra “*grupos étnicos*”. Y se considera que la violencia sexual puede cometerse sin violencia directa por la situación establecida de humillación, do-

minación, amedrentamiento, dispersión o dislocación de tales grupos dentro de la cual no cabe el consentimiento libre y opera el acoso constante. ¿No se está describiendo así la situación de la mujer indígena desplazada a las ciudades y en especial la de aquella que ha de recurrir al trabajo en hogar ajeno? Su eventual servidumbre sexual puede constituir “*acto constitutivo con respecto al genocidio*”, genocidio entonces cotidiano. ¿Que hace falta intencionalidad? Ahí que la está prestando el racismo de fondo de tal situación. Mírese a las ciudades latinoamericanas con inmigración indígena.

En fin, la ampliación en curso de la categoría de genocidio ha de alcanzar a la defensa penal de los pueblos indígenas, a este pendiente de la Declaración sobre sus derechos.

Visita a Itakyry*

En el distrito de Itakyry, departamento del Alto Paraná, Paraguay, radican cinco comunidades del pueblo avá guaraní: Ka'a Poty, Ka'agy Roky, Ka'aty Miri, Formosa y Loma Tajy. Son las que sufrieron el jueves 6 de noviembre el ataque aéreo de gases tóxicos, un episodio más del acoso y el hostigamiento que vienen sufriendo durante el último siglo, acoso y hostigamiento extremadamente agravados en las últimas décadas. Paraguay nunca les ha reconocido el dominio de su territorio como derecho propio, generando así, e incluso fomentando, el puro expolio. Paraguay ha impulsado una inmigración, fundamentalmente brasileña, a favor dizque "*de la civilización y el desarrollo*" con el éxito rotundo de la destrucción completa del hábitat de estas comunidades. Ahí sobreviven en las condiciones genocidas de verdadera crisis humanitaria. Algunos paliativos, como el de la adquisición de un territorio reducido por parte del Instituto Paraguayo del Indígena (INDI) para el uso de las comunidades, no ofrecen remedio sustancial. La situación de genocidio en curso está a la vista de quien consiga llegar a estas tierras hoy tan precariamente indígenas. Doy testimonio.

He formado parte de la comitiva del Encuentro Internacional Tekaháre que el día 26 de noviembre ha rendido visita a la comunidad Ka'a Poty para informarse de la situación y expresar su solidaridad. Información suficiente hemos tenido por la mera observación de rostros humanos en quienes ha desaparecido el uso de la sonrisa, inclusive entre la infancia, y en los que la mirada ha olvidado cualquier expresión de esperanza. Lo que no han perdido es la virtud de la hospitalidad. Se reunieron con nosotros y nos escucharon con atención. La reunión se desarrolló fundamentalmente en guaraní, teniéndose la deferencia con quienes lo ignoramos de ir traduciendo sobre la marcha al castellano. Los paraguayos y paraguayas no indígenas suelen dominar el guaraní, con lo que tienen más fácil la comunicación quienes están dispuestos a intentarla. A quienes nos acercamos desde lejos, no sólo nos distancia la geografía. Una república bilingüe, en castellano y en guaraní, le depara al pueblo guaraní la suerte inhumana que estábamos físicamente contemplando. Por desgracia, el caso de la comunidad Ka'a Poty no constituye ninguna excepción.

Hipólito Acevei, presidente de la Coordinadora por la Autodeterminación de los Pueblos Indígenas (CAPI), quien presidía también la comitiva, pronunció unas palabras de clausura de la reunión. Insistió en que la visita no era de cortesía, sino de solidaridad. "*No estáis solos*", repitió. Comunicó los intentos de llegar a

* Publicado el 27 de noviembre de 2009.

acuerdos con el Estado y los obstáculos para que el mismo dé respuestas adecuadas. “*La democracia se utiliza como excusa para la impunidad y la inactividad*”, se nos tradujo. La parte indígena ofrece propuestas para “*vivir en paz y vivir todos juntos*”, pero, según se comporta el Estado, no parece que comparta mínimamente tal anhelo. Responde con tergiversaciones, fraudes y encubrimientos. “*La tierra es un derecho humano y es base de nuestra identidad*” y no se permite tenerla “*como nuestra*”. Los pueblos indígenas no buscan el conflicto por los perjuicios infligidos “*con la excusa del desarrollo*”. Sencillamente quieren autonomía con base territorial para el ejercicio del derecho humano a la libre determinación. Sólo requieren y esperan “*respeto, convivencia y libertad*”. El discurso del presidente de la CAPI hizo así referencia a principios de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

La Declaración se alegó a lo largo de la reunión a más efectos y a unos efectos más concretos, como el de la tierra. Gracias a la iniciativa del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), ya se cuenta con versión escrita de la Declaración al guaraní, aunque el intérprete estimó que era demasiado buena, “*demasiado técnica*”, y prefirió proceder a una traducción oral de carácter más coloquial. Dije que éste es el mensaje que traía de Naciones Unidas: “*Ñande ypykuéra iderecho oguerékóvo yvy, tekoha ha opa mba’e yvy ape ári oíva, imba’ekuérava imaité guive, térâ oiporúva térâ katu umi ojejoguava’ekue chupekuéra. Ñande ypykuéra iderecho oñeme’êjev _vo chupekuéra hekoha yma ha ndaikatúí ramo péicha, oñehépyme’ê poráva’erâ chupekuéra, hekoha ha opaite mba’e oíva ipype rehe, umi tekoha ymaite guive oguerékóva ipogu _pe térâ oiporúvamiva’ekue ha upéi ojepe’a térâ oñembyaiva’ekue chuguikuéra, omonei’re terâ oikuaa’re*” (arts. 26.1 y 28.1 de la Declaración: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o de otra forma utilizado o adquirido*”. “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa, imparcial y equitativa, por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado de otra forma y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado*”).

Las comunidades perdieron para el Estado su dominio sobre la tierra, aunque de momento sin tener noticia, hace algo más de un siglo cuando una compañía inglesa de nombre en castellano, La Industrial Paraguaya, dedicada, entre otras actividades bien lucrativas, a la extracción de madera y la comercialización de yerba mate mediante la explotación del trabajo en términos prácticamente esclavistas, se apropió de bosques y yerbales del Alto Paraná con las comunidades obviamente dentro. El Estado paraguayo procedió a la concesión legitimando presuntamente el expolio. La Industrial ya no existe, pero de aquella operación procede el tracto dominical en toda la zona para la perspectiva del Estado paraguayo, siempre para esta visión. Hoy la propiedad está fundamentalmente en

manos de una inmigración brasileña bienvenida por el Estado para *blanquear* el territorio donde hoy se asientan Ciudad del Este y las megapresas de Itaipú y Yacyretá. Tal movimiento migratorio ha destruido el bosque para introducir el cultivo extensivo de soja. El territorio ha perdido sus pulmones de oxígeno y las comunidades indígenas, su hábitat. No es sólo que hayan visto reducirse drásticamente su territorio, sino también que su economía ha desaparecido del mapa. Las comunidades guaraníes de Itakyry son hoy grupos náufragos en un proceloso mar de cultivo de soja.

Está dicho que el INDI se ha hecho con algunas tierras para asentamiento indígena. Las adquiere de forma onerosa, con lo cual da por bueno el tracto de propiedad, es decir de expolio, que trae su origen de la apropiación por La Industrial. Titula además el INDI, como suele, a nombre de sí mismo, como propiedad pública, las referidas tierras, y no directamente a favor de las comunidades indígenas. De nada le vale a Paraguay que la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas postule el derecho indígena a la tierra. Tampoco le vale que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos considere que el título de propiedad indígena se funda en el propio derecho consuetudinario, y no en el reconocimiento y registro por el Estado, y que la misma Corte venga condenando a Paraguay por no respetar tal derecho en dichos estrictos términos, con las consecuencias de un expolio que no sólo afecta, ni mucho menos, a las comunidades de Itakyry. Tampoco le vale a Paraguay que su propia Constitución reconozca la propiedad indígena (art. 64: “*Los pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra...*”, aun prosiguiendo con términos que atribuyen el origen del título, no el título mismo, al Estado: “*El Estado les proveerá gratuitamente de estas tierras...*”, lo que ahora en todo caso choca con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

Lo que le vale, por lo visto, es una ley y sólo una ley, el Estatuto Indígena, que es anterior a la Constitución y que no se ha renovado tras ella. Es la ley que conforma al INDI con la planta prácticamente que hoy mantiene, como organismo en principio autónomo, pero dirigido por instancias de designación política y dotado de un poder notable sobre las comunidades no sólo vía mediación (art. 32). En este escenario normativo que radicalmente ignora el valor positivo del derecho tanto internacional como interamericano de derechos humanos las posibilidades de defensa de la propiedad indígenas se estrechan y debilitan en grado sumo. En el caso de las comunidades avá guaraníes de Itakyry, los meritorios abogados de las mismas, Aníbal Alfonso y Antonio Alonso, tienen planteada junto al INDI, pues éste es legalmente el propietario, una solicitud de anulación de la inscripción de la propiedad no indígena sobre las tierras de las comunidades por entender que se ha producido una duplicación de títulos entre el del INDI y el de los terratenientes sojeros. La presuposición de base es la asumida por el Estado, la de que el tracto de dominio procedente de La Industrial resulta legítimo, esto que resulta hoy tan dudoso para

el derecho vigente de derechos humanos. Es el Estado paraguayo y particularmente el entendimiento judicial del valor práctico de la ley sobre la Constitución y sobre el derecho internacional e interamericano lo que mueve a dicho planteamiento menos favorable para la posición indígena.

El pleito no sólo se dirime de momento ante la justicia paraguaya. La terratenencia sojera aplica procedimientos de acoso y hostigamiento que tienen poco que envidiarle a los métodos que empleara aquella empresa esclavista de hace un siglo, La Industrial Paraguaya. Está dicho que el ataque aéreo con gases tóxicos ha sido tan sólo un episodio. De hecho, cotidianamente, las comunidades guaraníes de Itakyry están expuestas a los efectos nocivos para la salud de las fumigaciones aéreas de los campos de soja circundantes sin que se tome medida alguna precautoria o ni siquiera paliativa. El naufragio también lo es en un ambiente deliberadamente envenenado. Genocidio es lo que está ocurriendo.

Recordemos la tipificación de tal gravísimo delito en el derecho internacional: “*Se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: (...)* b) *Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo;* c) *Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial*” (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 2; Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 6, lo que no es mera reiteración, pues abre la posibilidad de enjuiciar internacionalmente por genocidio, además de Estados, a particulares. Paraguay tiene ratificado el Estatuto).

Chile: educación intercultural contra derechos indígenas*

A mediados de septiembre de 2009 se ha promulgado en Chile la nueva Ley General de Educación proclamando que viene ante todo a contemplar “*los derechos y deberes de los integrantes de la comunidad educativa*”, entre quienes hay indígenas por supuesto. La entrada en vigor de la ley coincide con la del Convenio 169, el tratado sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes de la Organización Internacional del Trabajo. Nadie lo diría, pues se le ignora completamente. Es otro capítulo en el que Chile hace alarde de incumplir de forma sistemática algunos de sus compromisos internacionales, los que reconocen derechos indígenas.

La ley considera la presencia indígena, pero sólo en “*el caso de establecimientos educacionales con alto porcentaje de alumnos indígenas*”, en este caso impreciso y, tal como se le define con los de alto porcentaje, excepcional. Entonces, sólo entonces, ha de impartirse enseñanza de la correspondiente lengua y de algún otro elemento como “*su historia y conocimientos de origen*” o como, se dice también, “*la cultura de su pueblo*”, sin más especificación de objeto ni de sujeto. Para la educación parvularia se dispone que las habilidades lingüísticas a conseguirse en idioma indígena deben ser las “*que permiten comprender y expresar mensajes simples*”, no se sabe bien si por consideración a la tierna edad o por el prejuicio racista de que las lenguas indígenas no dan para más. No se usa una expresión similar para el castellano y no se dice que en los niveles superiores los mensajes en lenguas indígenas dejen de ser *simples*.

Como “*modalidad de educación especial*”, y no como régimen general, se contempla una educación intercultural definida de forma que prácticamente interesa tan sólo a indígenas en disposición además de recargar su currículo y de asumir obligaciones ciudadanas fuera también de lo común: “*La Educación Intercultural Bilingüe se expresa en el sector curricular dirigido a los niños y niñas, jóvenes y adultos que reconocen la diversidad cultural y de origen y en la cual se enseñan y transmiten la lengua, cosmovisión e historia de su pueblo de origen, estableciendo un diálogo armónico en la sociedad*”. Así, de este modo, la educación llamada *intercultural* no sólo resulta inservible para establecer relaciones entre culturas indígenas y cultura no indígena, pues ésta se excluye a sí misma, sino que además intenta utilizarse para forzar a las primeras a la renuncia a actitudes reivindicativas de intereses propios

* Publicado el 12 de enero de 2010.

como si esto no fuera ejercicio legítimo de derechos constitucionales, sino, cuando se trata de indígenas, grave ruptura del “diálogo armónico en la sociedad”. El contexto político confiere dicho sentido a este tipo de cláusulas aparentemente bienintencionadas e incluso inanes.

La ley establece, con sustanciosas competencias, un Consejo Nacional de Educación, que sucede al Consejo Superior de Educación. Ni uno ni otro tiene en sus órganos directivos presencia indígena. El Consejo ahora no sólo afecta a indígenas en el ejercicio general de sus competencias, sino que la ley incluso puntualiza que entre ellas se comprende lo que más específicamente les concierne: “Serán funciones del Consejo, en materia de educación regular parvularia, básica y media, y en las modalidades de educación de adultos y especial o diferencial (...) aprobar o formular observaciones a las adecuaciones curriculares para poblaciones específicas, incluidas, entre otras, los pueblos originarios”. La ley se ha elaborado con el Convenio 169 ya ratificado y se emprende su aplicación con el mismo ya en vigor. Este tratado multilateral sobre pueblos indígenas requiere su participación en cuanto les concierna.

La ley ignora absolutamente este compromiso internacional de Chile. En esta medida, con el tratado incorporado al derecho chileno a nivel superior a ley, la Ley General de Educación ha de considerarse inválida. De impugnarla, los pueblos indígenas estarán haciendo ejercicio de sus derechos y no atentando contra “el diálogo armónico en la sociedad”. El Convenio 169 exige no sólo participación indígena en la gestión de la ley, sino también, previamente, consulta a los pueblos indígenas para su acuerdo. Chile pretende que esto último no le obligaba por no estar vigente el Convenio 169 cuando esta ley se elaboró, discutió y acordó, pero esta postura choca con el derecho internacional de tratados. En la medida en la que afecta a indígenas, la ley es ilegítima para un derecho que no sólo es internacional, sino también chileno.

Por consideración al Convenio 169, por esa consideración que no se ha tenido ni en la confección ni en el diseño de la ley, el Consejo Superior de Educación, el que ahora ha de dar paso al Consejo Nacional, ya venía considerando un programa preparado por el Ministerio de Educación para la incorporación limitada de lenguas y culturas indígenas al sistema educativo. El Consejo lo rechaza, alegando una abundancia de argumentos de apariencia todos ellos técnicos para el mejoramiento de la enseñanza de las lenguas y culturas indígenas. No es así. O depende de lo que se entienda por mejora del programa. Una de las observaciones es esta: “Incluir explícitamente la interculturalidad, diferenciándola de la multiculturalidad”. Por lo primero indudablemente se entiende lo que hemos visto en la ley, esto es, en último término, la obligación indígena de vínculo armónico con la sociedad no indígena sin reciprocidad de obligaciones para ésta. La multiculturalidad se teme justamente que sea otra cosa, un orden de relaciones más equitativo, sin tal desigualdad entre culturas indígenas y cultura no indígena. La primera op-

ción, la de una *interculturalidad* tan lastrada y sesgada, es lo que, con otro lenguaje desde luego, el Consejo exige que quede bien claro para la aplicación de la ley.

Entre los motivos que alega el Consejo para devolver el programa al Ministerio los hay que entran en cuestiones sustantivas de las lenguas indígenas. Por ejemplo: “*Revisar la simbología fonética utilizada en la propuesta, privilegiando el alfabeto unificado*”, lo que se dice respecto al mapudungún, según la dicción habitual entre mapuche, que en el programa se escribe como *mapuzungun*. ¿Es éste un indicio de que se está contando con la participación de gentes de la academia, de la política o del funcionariado, pero no precisamente de los pueblos indígenas? Parece que se están adoptando decisiones sobre las culturas indígenas como si todos pudieran tener conocimientos, por ejemplo, de sus lenguas, salvo sus hablantes. El problema no sólo es de disfunción, sino también y ante todo de derecho. Se están ignorando los derechos de los pueblos indígenas sobre sus propias culturas. No ha de repetirse hasta qué punto esto viola el Convenio 169, este tratado sobre los Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes.

La Red por los Derechos Educativos y Lingüísticos de los Pueblos Indígenas de Chile se ha apresurado a emitir un comunicado sobre la decisión del Consejo. Lo basa en otro principio por supuesto: “*El programa de las asignaturas de lenguas indígenas es una cuestión técnica-pedagógica pero también política, y por ende de negociación permanente entre diferentes actores internos y externos, técnicos y políticos. Por lo mismo las organizaciones indígenas no pueden estar al margen de las decisiones respecto a sus lenguas*”. A ello responde la propuesta: “*El rediseño del Programa de Educación Intercultural Bilingüe, con un equipo técnico y una contraparte indígena para dar cumplimiento al Convenio 169 y porque cualquier programa de fortalecimiento de las lenguas indígenas no será posible sin la participación activa de las comunidades hablantes y de sus organizaciones*”. El comunicado también recuerda que “*los pueblos demandaron ante la Ley General de Educación la representación indígena en el Consejo Nacional de Educación*” para considerarlo como un pendiente.

Pendiente es prácticamente todo en el debe de Chile. El Congreso y el Gobierno chilenos se comportan como si la ratificación del Convenio 169 fuera un punto de llegada, un trofeo que enarbolar ante las instituciones internacionales, y no un punto de partida, un compromiso al que hacer honor en el orden interno. La Ley General de Educación, de una materia tan sensible, es otro testigo de tamaño fraude.

Latinobarómetro: insidia contra indígena y sesgo antidemocrático*

Corporación Latinobarómetro (<http://www.latinobarometro.org>) es una asociación chilena que viene realizando desde 1995 encuestas de opinión política en diversos países con un radio creciente hasta cubrir hoy prácticamente a toda América Latina. Aunque parezca ciertamente excesivo para un espacio tan plural, Latinobarómetro presume de la eficacia de sus métodos de muestreo para cubrir el estado de opinión del cien por ciento de la población observada. Con orgullo se autopresenta como “*el primer banco de datos de opinión en español, el primero en el hemisferio sur, el primero en América Latina*”. Tiene un convenio firmado con el Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), con cuyos informes de desarrollo humano asegura que colabora. Su último informe, de 2009, cuenta, entre otros apoyos, con los de la Organización de Estados Americanos, de algunos Estados en particular y de las agencias de cooperación de España, Canadá y de Suecia. Con tales credenciales y todo, el *Informe 2009* de Latinobarómetro no sólo es que sea antidemocrático, sino que encima resulta racista.

Confieso que no lo he advertido por mí mismo. La pista me la ha dado Andrew Nickson, miembro del Instituto de Desarrollo Internacional de la Universidad de Birmingham, quien hace unos días dirigió un mensaje a Latinobarómetro con una sencilla pregunta metodológica: “*Quisiera saber si en los países pluri-lingüísticos (sobre todo Paraguay, pero también Perú y Bolivia) se realizan las encuestas en el ‘idioma del hogar’ o siempre en castellano*”, recibiendo esta extraña respuesta: “*Las entrevistas se realizan en el idioma materno del encuestado. El único país de la región que tiene población masiva con idioma materno no español es Guatemala*”. Perplejo, Nickson insiste recordando la importancia como primera lengua del guaraní y preguntándose: “*¿En qué idioma se realizan las encuestas anuales sobre gobernabilidad de Latinobarómetro en Paraguay? Pregunto esto porque, en caso de que sea exclusivamente en castellano, se corre un gran riesgo de sesgo*”. Ahora se le responde con una matización de trazos bien gruesos: “*En Bolivia, Perú, Paraguay casi no hay primeras naciones que no hablen español. Esa es la diferencia principal. Los mayas no van a la escuela en español, mientras los guaraníes y los quechuas sí van*”. Descorazonado, Nickson envía el intercambio a la lista web *Guaraní Ñe’ẽ* con este comentario: “*Es desesperante la ignorancia de Latinobarómetro en la cuestión lingüís-*

* Publicado el 11 de febrero de 2010.

tica –y preocupante porque es una institución muy prestigiosa en América Latina. Ya me cansé de hacerles entender– ¿alguien se atreve a ‘tomar la batuta’?”

No estoy cualificado para tomar el testigo de la batuta lingüística, aunque me consta de primera mano hasta qué punto idiomas como los citados, el guaraní y el quechua, son primeras lenguas para millones de personas y hasta qué punto también hay quienes son monolingües en lenguas indígenas o bilingües en estas lenguas y no en castellano. Lo que puedo es analizar los informes de Latinobarómetro para comprobar si se confirma el temor del *gran riesgo de sesgo*. Tras hacerlo debo confesar que mi sorpresa ha sido mayúscula. No es sólo que los informes sean sesgados. Lo que resulta es que, con todo su apoyo de Naciones Unidas, de la Organización de Estados Americanos y de las agencias de cooperación de España, de Suecia y de Canadá, el Latinobarómetro ni siquiera hace mucho por ocultar sus posiciones antidemocráticas y sus prejuicios racistas.

Puede comprobarse fácilmente en el *Informe 2009*, publicado en noviembre en Santiago de Chile. Por mi responsabilidad como miembro del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas, lo primero que chequeo es por supuesto la consideración prestada a la presencia indígena. Sólo se le toma en cuenta en una ocasión, a propósito en concreto de esta pregunta con respuestas inducidas: “*No me gustaría tener como vecinos: Homosexuales, Africanos/negros, Analfabetos, Indígenas, Pobres, Inmigrantes*”. Las contestaciones se procesan como si de una evidencia científica se tratase: “*Los homosexuales es el grupo que más rechazo produce con un 29% promedio en la región, mientras todos los otros grupos medidos alcanzan entre un 14% (Inmigrantes) y un 12% (Indígenas, Analfabetos y Negros)*”. La única comparecencia indígena se produce en tales términos adversativos y en tal contexto ignominioso. Por supuesto, desde la homosexualidad a la inmigración, la compañía es digna, pero la forma de la pregunta con su elenco de respuestas imprime la ignominia. ¿Es que no se concibe que alguien no quiera tener entre sus vecinos a un chileno tan racista como para formular ese tipo de preguntas?

La pregunta también delata el universo encuestado, pues resulta entonces aquel que no pertenece ni se identifica con tales categorías, desde la de homosexuales a la de inmigrantes. Por el tenor de la pregunta queda claro que la encuesta no se dirige a nadie que sea indígena residiendo en comunidad indígena y hablando lengua indígena, en cuyo caso su planteamiento, además siempre de ofensivo, resultaría ridículo. Si sumamos el resto de las vecindades indeseadas, ¿dónde queda el cien por ciento de la población representada? Dicho mejor, ¿qué representación de la misma tienen quienes formulan tal pregunta sugiriendo tales respuestas? Latinobarómetro ni siquiera ha querido cobrar conciencia de la pluralidad. No es raro que ignore cuáles lenguas hablan quienes, por indígenas, resultan excluidos del universo encuestado. Es su existencia misma lo que Latinobarómetro ignora. A indígenas no hay más referencias en el *Informe 2009*. Recordemos que estamos en el año en el

que un país latinoamericano, Bolivia, se ha refundado como Estado Plurinacional en consideración de los derechos de los pueblos indígenas. Sobre esto comentaré luego.

Cualquiera que haya tenido relación con la práctica de encuestas de opinión o que haya reflexionado mínimamente sobre el particular, sabe que la mejor manera de manipular las respuestas es sesgando las preguntas. Si éstas dan pie al racismo, se obtendrá un porcentaje que de otra forma ni se manifestaría. En el caso, tan sólo con la formulación de una pregunta tan insidiosa como esa de las vecindades indeseadas, solamente con esto, se atenta contra la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, no digo contra el Código Penal de Chile pues éste no está a la altura de la lucha internacional contra el racismo. La facilidad con la que Latinobarómetro consigue apoyo de agencias internacionales y de otros Estados dice algo de la falta de independencia de las mismas en el caso muy particular de Chile.

Las posiciones más generales del Latinobarómetro son aparentemente constitucionales y resultan sustancialmente antidemocráticas. El *Informe 2009* selecciona el caso más importante del año a su criterio no sólo en sí mismo, sino también por su significación para el conjunto de América Latina con vistas a las tendencias que pueda estar indicando. En el año, como ya he recordado, de la refundación de Bolivia como Estado Plurinacional, el caso que se elige es el de Honduras por su golpe de Estado, no naturalmente porque se le bendiga, sino porque se entiende que su encauzamiento y desenlace muestra la creciente fortaleza del sistema constitucional por Latinoamérica. Obsérvese cuidadosamente, con el mismo cuidado como se ha redactado el párrafo, la forma de presentarse el evento: *“El poder del mundo entero no logró minar la solidez de la oposición a Zelaya que resistió sin transar. No hay que subestimar la voluntad de los pueblos, porque a fin de cuentas, no hay golpes de estado que no cuenten con el apoyo de la población. Los datos 2009 muestran a Honduras como un país partido por este conflicto, muy probablemente desde hace ya tiempo, donde la solución no sólo es una elección, sino la formación de mayorías, con un sistema político de representación que permita la gobernabilidad”*.

Es decir, el pueblo hondureño ha apoyado el golpe de estado y por esto el mismo ha podido verse sucedido por unas elecciones generales. Que éstas se hayan producido bajo las condiciones creadas por el golpe y que en las mismas la participación fuera bastante inferior a la abstención no son datos que inmuten al Latinobarómetro. Muy al contrario, la encuesta latinobarométrica se basta para producir otras evidencias. No se necesita mucha perspicacia para deducir que para el Latinobarómetro *la gobernabilidad* requiere una participación ciudadana de baja intensidad que permita la cooptación entre élites sin mayores sobresaltos. Esto significa lo dicho de que sus posiciones sean constitucionales y no democráticas o, para mayor precisión, antidemocráticas y sólo relativamente consti-

tucionales, de un constitucionalismo condicionado y sin principios. La falta de principios constitucionales se cubre con el motivo de la *governabilidad*. El caso de Bolivia se sitúa, por supuesto, en las antípodas de tal *desiderátum*. Que aquí, en Bolivia, se haya llegado en este año a una participación electoral del noventa y mucho por ciento con las debidas garantías no es algo que el Latinobarómetro estime que deba subrayarse.

El desagrado que le produce lo que acontece en Bolivia malamente lo disimula entre incisos insidiosos: “*Allí (Bolivia) ha habido muchos puntos de ingobernabilidad, pero en un marco donde el Presidente de la República cuenta con una amplia mayoría, ese país ha encontrado la solución a sus conflictos a grandes rasgos dentro de la institucionalidad vigente. No se puede decir que esos países en proceso de refundación no se han salido nunca del marco legal (que por cierto está lleno de vacíos para ese tipo de procesos), pero sí se puede decir que la voluntad democrática de mantener la institucionalidad vigente ha primado. Al mismo tiempo el éxito de las reformas de Evo Morales radica en que tiene sustento popular para hacerlas*”. Es fácilmente imaginable lo que Latinobarómetro hubiera dicho sobre el apoyo popular de las posiciones contrarias si éstas hubieran triunfado en el golpe de Estado que intentaron. Y el *pueblo* de Bolivia en ningún momento el Latinobarómetro registra que ahora se define a sí mismo justamente como *plurinacional*. Es la pluralidad de la que no quiere cobrarse conciencia, sino cancelarse.

Lo del “*sustento popular*” le sirve al *Informe 2009* para la manifestación más insidiosa de todas, una de carácter retrospectivo. Hela: “*El caso de Manuel Zelaya, como gobernante que impulsa reformas sin mayorías para respaldarlo no es el único, ni la primera vez que sucede en la región. Salvador Allende en Chile subió al poder con un 33% de los votos, teniendo al 60% del país en contra. Llevó a cabo reformas que no contaban con la aprobación de la mayoría, y sufrió el más duro golpe militar que ha tenido Chile en su historia*”. Sin comentarios.

Sitúese esa imputación a Allende de una sangrienta dictadura no sólo en las circunstancias actuales de Chile, sino también en el horizonte que el Latinobarómetro propicia para Latinoamérica toda, un horizonte en el que, entre otros detalles, la presencia indígena cabe que se reduzca a vecindad indeseada. Es la política del chantaje sobre la democracia. No se apoyan los golpes de estado, sino que sólo se les utiliza a tal efecto de permanencia del chantaje. No en vano se ha elegido como caso del año el de Honduras.

Trabajo infantil indígena y Organización Internacional del Trabajo*

Desde su misma fundación en 1919, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) viene comprometiéndose en una política contra la explotación laboral de la infancia. Uno de sus primeros convenios, el Quinto, ya se ocupa de la fijación de una “*edad mínima de admisión de los niños a los trabajos industriales*”, situándose entonces entre los doce y los catorce años. *Trabajo industrial* no era todo trabajo por cuenta ajena. Se intentaba establecer para el mismo un concepto amplio, pero dejándose la determinación última en manos de los Estados: “*La autoridad competente determinará en cada país la línea de demarcación entre la industria, por una parte, y el comercio y la agricultura, por otra*”. Siendo tiempos de pleno despliegue del colonialismo europeo, los Estados también se reservaban un margen de juego a este propósito que alcanzaba a la posibilidad de la simple inaplicación del Convenio. Éste dispone su extensión a las colonias “*a reserva de: a) que las condiciones locales imposibiliten la aplicación de las disposiciones del Convenio; b) que puedan introducirse en el Convenio las modificaciones necesarias para su adaptación a las condiciones locales*”. Hoy los planteamientos de la OIT han cambiado por supuesto, como puede particularmente detectarse respecto a América Latina.

El Convenio núm. 5 de 1919 se fue extendiendo en los años sucesivos al trabajo infantil en otros sectores de la economía, inclusive el agrario. Entre 1936 y 1937 varios convenios sitúan la edad de minoría a efectos laborales a los quince años. Para los sectores no industriales se mantienen unas excepciones, la del “*servicio doméstico en una familia por los miembros de la misma*” y la del “*trabajo en establecimientos en los que estén empleados únicamente los miembros de la familia del empleador, a condición de que este trabajo no sea nocivo, perjudicial o peligroso*”. A la OIT le consta durante toda esta primera fase que hay formas de trabajo infantil no asimilables a las de pura explotación laboral de una población tan vulnerable. Desde 1936 no se repiten las cláusulas de excepción colonial, lo cual no quiere decir que desaparezcan, pues la práctica de la época las entiende todavía comprendidas, salvo disposición en contrario, en todo tratado internacional. Durante sus primeros años, hasta los años sesenta del siglo pasado, ni siquiera la Declaración Universal de los Derechos Humanos fue para cancelar tal entendimiento colonialista de derechos tan sensible como los de la infancia y adolescencia. Propiamente, sólo a partir de 1989, gracias a la Convención de los Derechos del

* Publicado el 22 de febrero de 2010.

Niño, se planteó la descolonización en este capítulo de los derechos. La posición de la OIT se sitúa en este contexto y no deja de responder al mismo.

En 1973 el Convenio 138 de la OIT procede a una nueva revisión del Convenio núm. 5 y de la serie que le sigue planteando un instrumento más comprensivo “*con miras a lograr la total eliminación del trabajo infantil*”. Para los trabajos peligrosos, la edad mínima se eleva por regla general a dieciocho años. Respecto a excepciones que se admiten se pone ahora el acento en que deben producirse mediante “*previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores*”. Se mantiene para el resto de los supuestos, los de trabajos no peligrosos, la mínima de quince años o “*la edad en que cesa la obligación escolar*” si ésta fuere superior. La escolarización se convierte ahora en el escenario ordinario de la vida de niños, niñas y adolescentes: “*El presente Convenio no se aplicará al trabajo efectuado por los niños o los menores en las escuelas de enseñanza general, profesional o técnica o en otras instituciones de formación ni al trabajo efectuado por personas de por lo menos catorce años de edad en las empresas, siempre que dicho trabajo se lleve a cabo según las condiciones prescritas por la autoridad competente, previa consulta con las organizaciones interesadas de empleadores y de trabajadores*”.

Las cláusulas de excepción colonial han desaparecido definitivamente, pero esto hay que seguir entendiéndolo en el contexto normativo del momento. Para el caso indígena, resultaba fundamentalmente configurado a estas alturas por el Convenio 107 de la OIT, de 1957, Convenio sobre Protección e Integración de las Poblaciones Indígenas y de otras Poblaciones Tribuales y Semitribuales en los Países Independientes, el cual, como puede apreciarse por su denominación, prorroga el planteamiento colonial respecto a los pueblos indígenas, todos ellos ahora considerados como *poblaciones* de carácter *tribal* o *semitribal* que han de ser objeto de *protección* y de *integración*. El escenario de la escolarización, de una escolarización que se entiende encomendada a los Estados, acentúa el acercamiento colonialista al *trabajo infantil* o más que infantil en el caso indígena. A su efecto ha desaparecido prácticamente la admisión de la posibilidad de un contexto *doméstico* para imponerse a todos los efectos el contexto *estatal* que ha entrado con fuerza por vía de la escolarización.

En 1989, se afronta el reto de la necesidad de un cambio de rumbo por una doble vía. Por una parte, en el ámbito general del derecho internacional de los derechos humanos, la citada Convención de los Derechos del Niño contempla el caso indígena disponiendo que esta condición ha de tomarse particularmente en cuenta, de por sí y respecto a la enseñanza: “*Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a (...) preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena*”, con lo que se matiza seriamente el contexto *estatal*. Por otra parte, en el ámbito de la OIT, el mismo año, el Convenio 169 so-

bre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes viene a corregir igual de seriamente el hándicap colonialista del Convenio 107.

1999 es el año del Convenio 182 de la OIT, Convenio sobre las Peores Formas del Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación, entendiendo por tales *peores formas* las de implicación esclavista, de conscripción paramilitar, de prostitución o de otras actividades ilícitas que dañen “*la salud, la seguridad o la moralidad de los niños*”, los menores de dieciocho a estos efectos. Para las debidas decisiones, el escenario es el estatal, escolarización inclusive, “*previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores*”, sin consideración ni del caso ni de consulta indígenas, pese esto último a que la consulta es la regla para el recién citado Convenio 169 de una década antes. La Recomendación 190, la subsiguiente a este Convenio, amplía el abanico de las consultas sin atención tampoco específica al caso indígena: “*Entre otras medidas encaminadas a la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil podrían incluirse las siguientes (...) hacer partícipes a las organizaciones de empleadores y de trabajadores y a las asociaciones civiles*”.

La consideración de un contexto *doméstico* y así comunitario en formas de trabajo infantil sin explotación ni daño podría haber conducido a la atención del caso indígena, pero no ha sido así. Además, dicha consideración se ha perdido en la evolución de los instrumentos normativos de la OIT al imponerse el contexto *estatal* de forma prácticamente absoluta. ¿Es que para la socialización de la infancia indígena no cabe otro horizonte? Si esto fuera así, si la escolarización obligatoria se mantuviera como una forma de transculturización indígena, la novedad, en 2007, de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se encontraría sin futuro plausible. La resistencia de la OIT a hacerse cargo de su valor normativo (art. 42: “*Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por la eficacia de la presente Declaración*”) responde por supuesto al temor ante la profundidad de la revisión de políticas a la que le obliga. En suma, la OIT se encuentra ahora con un reto especialmente exigente en materia de *trabajo infantil* indígena.

A escala regional de la propia OIT puede estarse mejor recobrando la constancia perdida a sus niveles generales. En el caso de América Latina puede ya apreciarse. La base de partida es la referida. En 1997, la Declaración de Cartagena acordada por la Primera Reunión Iberoamericana Tripartita de Nivel Ministerial sobre Erradicación del Trabajo Infantil, reunión tripartita por la concurrencia de representaciones empresariales y sindicales, puede todavía apoyarse en los planteamientos de la OIT y de UNICEF para presentar un presente y perfilar un futuro sin indígenas. Las oficinas latinoamericanas de la OIT vienen en cambio durante los últimos años, sobre todo a raíz de la Declaración sobre los Derechos

de los Pueblos Indígenas, comenzando a tomar en cuenta la variable indígena en el abordaje de la problemática del *trabajo infantil*, la que no es igual por supuesto en el caso de explotación ajena que en el caso de participación familiar y socialización comunitaria. Además, si no se malentiende, lo que suele ocurrir de forma nada inocente, en el caso indígena ciertas formas de trabajo infantil pueden incluso constituir un componente del currículo educativo bien práctico.

La OIT, toda ella, debiera comenzar por revisar el estereotipo colonial, en fase humanitaria, del trabajo infantil como fenómeno abstraído de prácticas familiares y comunitarias en un mundo consiguientemente irreal sin otros ordenamientos que los del Estado. En 2006, la OIT ha publicado el informe *La eliminación del trabajo infantil: un objetivo a nuestro alcance* con esta referencia más sustantiva entre las pocas que contiene al caso indígena: “*Los niños de los pueblos indígenas y tribales y otras minorías étnicas suelen estar expuestos al trabajo infantil y no están escolarizados*”.

La familia y la comunidad pueden ser escuela o parte de la misma; la fábrica y la mina, indudablemente, no pueden serlo. Y, por supuesto, lo primero depende del contexto. Evidentemente, no se trata de renunciar al escrutinio de situaciones concretas en el ámbito indígena, sino de no dejarse guiar por el prejuicio y de abordar el asunto en interlocución con las comunidades afectadas y las organizaciones interesadas. Comenzar, habrá de comenzar por admitirse que los propios instrumentos y las mismas prácticas de la OIT presentan deficiencias importantes al respecto.

Ecuador: Corte Constitucional contra pueblos indígenas*

La Constitución del Ecuador, de conformidad explícita “*con los pactos, convenios, declaraciones y demás instrumentos internacionales de derechos humanos*”, reconoce cumplidamente los derechos de los pueblos indígenas, incluyendo el derecho a la “*consulta previa, libre y razonada*” respecto a la “*prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras y que puedan afectarles ambiental o culturalmente*” (art. 57.7). A principios de 2009, apenas a los tres meses de haber entrado en vigor, sufre un serio revés por gracia de la burla literal que de tales derechos hace la Ley de Minería, ley que ahora la Corte Constitucional sorprendentemente avala con el solitario voto en contra de la jueza Nina Pacari.

La actual Constitución ecuatoriana también se caracteriza por su potenciación de una democracia participativa a través, entre otros procedimientos, de la práctica de consultas al conjunto de la ciudadanía, práctica naturalmente distinta a la que concierne a los pueblos indígenas por imperativo ésta de instrumentos internacionales de derechos humanos que, a la par, como puede apreciarse por lo citado, se han constitucionalizado en el Ecuador. La Ley de Minería sienta el pésimo precedente de aprovechar la consulta ciudadana para enervar y hasta ningunear los derechos de los pueblos indígenas. Así, puede amagar que los respeta al tiempo que los atropella y que permite atropellarlos. Consecuentemente, la Confederación de Nacionalidades Indígenas del Ecuador (Conaie) interpuso una acción de inconstitucionalidad contra una ley que choca tan clamorosamente con el flamante orden constitucional. El asunto trasciende al caso pues interesa a la interpretación misma de la Constitución en todo lo que importa a derechos de los pueblos indígenas.

La acción impugna la ley por razones tanto de fondo como de forma. A los efectos sustantivos se trata de su mal disimulado desprecio por los derechos tanto constitucionales como internacionales de los pueblos indígenas, lo que en el recurso se detalla cuidadosamente. En cuanto a la forma, esta ley, consciente al cabo de su precaria posición bajo la Constitución, intenta blindarse frente a cualquier desarrollo futuro del ordenamiento que pudiera venir a contemplar debidamente los derechos de los pueblos indígenas: “*La presente ley entrará en vigencia a partir de su publicación en el Registro Oficial. Sus normas prevalecerán sobre otras leyes*”

* Publicado el 1 de abril de 2010.

y sólo podrá ser modificada o derogada por disposición expresa de otra ley destinada específicamente a tales fines (...)" (Disposición Final Segunda). Cuestión de forma y de fondo al mismo tiempo es la de no haberse procedido a la consulta indígena para el acuerdo de la propia Ley de Minería.

Una ley blindada de tal forma no es especie normativa que la Constitución contemple ni que permita. La Ley de Minería no es una ley orgánica o ni siquiera es una ley de pleno de la Asamblea Nacional, sino ley aprobada en Comisión, el grado de hecho más bajo, si así puede decirse, de norma formalmente legislativa y parlamentaria. Y la Corte Constitucional actualmente en funciones tampoco es con exactitud la Corte Constitucional establecida por la Constitución (Título XI, cap. segundo). Es el anterior Tribunal Constitucional prorrogado en condiciones expresas de transición y ahora capacitado con todas las competencias que se confiere a la Corte Constitucional por virtud de la nueva Constitución.

A dicha capacitación se procedió invocándose expresamente el imperativo de que la Constitución alcanzase la "*eficacia directa e inmediata*" que le corresponde. Unas Reglas de Procedimiento para el Ejercicio de las Competencias de la Corte Constitucional para el Periodo de Transición disponen que se fundará "*la declaración de inconstitucionalidad en la vulneración de cualquier norma constitucional o los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución*" (art. 28). La conversión transitoria del viejo Tribunal en la nueva Corte responde en principio a razones constitucionales, aunque la referencia a derecho internacional de derechos humanos sea en dichas reglas más limitada que la contenida en la Constitución (art. 57 citado: no sólo tratados ratificados, sino todos los "*instrumentos internacionales de derechos humanos*"), lo que comprende la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas).

Esta sentencia constitucional no responde a tales razones constitucionales. Ni atiende la "*eficacia directa e inmediata*" de la Constitución, haciendo valer que aún falta el desarrollo legislativo de los derechos de los pueblos indígenas, ni toma debidamente en cuenta el reforzamiento de tales derechos por el derecho internacional de derechos humanos, comprendida dicha Declaración. Prescinde de lo uno y de lo otro. Y decide por sí misma, como si no hubiera un derecho constitucional ni un derecho internacional que la vincule estrechamente. Tanto es así que se atribuye y ejerce una capacidad materialmente legislativa sobre el ejercicio del derecho a la consulta: "*Hasta que el Legislativo emita la ley correspondiente, esta Corte establece las reglas y procedimientos para los casos que requieran consulta prelegislativa*". Y a ello procede en un ejercicio patente de extralimitación arbitraria. El efecto es de neutralización de los derechos de los pueblos indígenas al hacerlos depender de los criterios provisionales de la Corte Constitucional y definitivos de la Asamblea Nacional, lo cual va contra la propia Constitución, en especial contra su adopción del derecho internacional de los pueblos indígenas como derecho directamente constitucional en el Ecuador.

Curándose en salud, la propia Corte reconoce que su decisión constituye una “*sentencia atípica*”. En el terreno del ejercicio de jurisdicción lo atípico es lo irregular, esto es, lo no conforme con la regla del derecho y, por tanto, lo ilegítimo. El vacío normativo que se pretende colmar realmente no existe. De parte internacional no sólo se tiene el derecho de los instrumentos de derechos humanos, sino también aportes específicos para la aplicación directa del derecho indígena a la consulta como, por ejemplo, sendos informes del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, profesor James Anaya, acerca del proceso constituyente en el Ecuador y de la reforma constitucional en Chile. La parte impugnante no deja de alegarlos mientras que la Corte Constitucional los desatiende. A otros efectos, que además minimiza, la Corte se acoge a la autoridad del relator Anaya.

Todo conduce a un resultado patentemente predeterminado. La sentencia declara “*la constitucionalidad condicionada*” de la Ley de Minería, una forma forzada de declarar su constitucionalidad sin más, al cabo. En lo que toca a la forma, aplica un “*principio de conservación del derecho*” por deferencia al legislativo en aras de “*la seguridad jurídica y la gobernabilidad del Estado*”, principio que la propia Asamblea Nacional ha proclamado, pero que carece de sustento constitucional y que incluso riñe con la primacía constituyente de los derechos sobre las leyes (Constitución, art. 427). La Corte Constitucional está renegando de su propia función al colocar la Ley de Minería por encima de derechos constitucionalmente reconocidos.

En lo que respecta al fondo, el fallo es más elusivo. La “*constitucionalidad condicionada*” se refiere al respeto de derechos que la misma sentencia está atropellando. El ejercicio en definitiva es de simulación de un escenario donde la Ley de Minería no parezca ser lo que es, la primera violadora de los derechos del caso. Por si fuera poco, el fallo contiene, contra toda regla jurisdiccional, el insólito pronunciamiento de “*desechar las impugnaciones de inconstitucionalidad por el fondo de los artículos que no han sido objeto de la declaratoria de constitucionalidad condicionada expuesta en esta sentencia*”. El barrido es completo sin necesidad siquiera de responder a todas y cada una de las alegaciones.

La Corte Constitucional para el Periodo de Transición, como oficialmente se le denomina, ha adoptado una decisión que compromete nada transitoriamente a la propia Constitución en todo cuanto interesa a los derechos de los pueblos indígenas. La Corte provisional está comprometiendo a la Corte definitiva, la propiamente constitucional. ¿Qué legitimación puede alegar para proceder de este modo?

La acción de inconstitucionalidad en todo caso no ha sido vana. Ahora se puede recurrir, con carga de razón y perspectiva de éxito, ante el sistema interamericano de derechos humanos. La vía jurisdiccional no está agotada.

Perú: estatuto judicial, Tribunal Constitucional, jurisdicción indígena *

El Tribunal Constitucional del Perú ha emitido sentencia en el proceso de inconstitucionalidad incoado por la Fiscal de la Nación contra la Ley de la Carrera Judicial de 2008, una ley de “*tufillo antidemocrático e interventor*”, en palabras del presidente de la Corte Suprema de Justicia, por su énfasis descompensado en la disciplina judicial. Aquí y ahora sólo nos interesa el aspecto de la conformación de la figura del juez o la jueza en relación con las comunidades de destino, con las comunidades indígenas en concreto. El asunto surge ante la exigencia legal de la obligación de residencia judicial sin más precisión ni matices y con el intento del Tribunal Constitucional por fundamentarla y racionalizarla a fin de limitarla y condicionarla.

“*Una correcta administración de justicia sólo puede lograrse si hay una adecuada interpretación de los intereses de la población*” a la que se destina, sienta la sentencia constitucional. No se refiere con dicho aserto tanto a la población toda como a aquella determinada de cada distrito judicial. “*Esto tiene más sentido –prosigue– si se tiene en cuenta el carácter de pluricultural y pluriétnico del país*” conforme al artículo 2.19 de la Constitución que se refuerza, como agrega la propia sentencia, por los pronunciamientos constitucionales referidos a “*comunidades campesinas y nativas*” (arts. 89 y 149), las comunidades indígenas. Aunque el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, está ratificado por Perú, esta sentencia no adopta el término de *pueblos indígenas*. Sólo un voto particular, al que luego me referiré, toma en cuenta algún derecho internacional vigente en Perú. En ningún momento se hace referencia a la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Volvamos a la sentencia, pues arguye que dicho dato de la pluralidad resulta esencial como fundamento de un deber en términos de incorporación a la comunidad más que de residencia en el distrito: “*La diversidad de las costumbres, dependiendo del lugar donde se encuentre, añade especial dificultad a la función del juez, puesto que lo obliga a ser un miembro más de su comunidad y expresar así mejor los usos y costumbres de su pueblo. No tiene sentido administrar justicia de otra forma. Un juzgador está obligado a saber cuáles son las costumbres de su localidad, qué problema los aqueja, cuáles son sus vivencias, puesto que él resolverá conflictos en ese contexto. Ello será decisivo para que un juez resuelva los casos con conocimiento de la identidad,*

* Publicado el 6 de abril de 2010.

costumbres, realidades, usos, idiomas o dialectos que constituyen la realidad o base del conflicto, evitando así pronunciamientos aislados de gentes extrañas”, lo que serían, extraños, los jueces o juezas en otro caso. Todavía la sentencia abunda: “*El juez, al resolver un conflicto, debe tener en cuenta no sólo la aplicación objetiva del Derecho, sino la situación concreta de las partes, dentro de una cosmovisión específica en la cual éstas están insertas, tomando en cuenta su identidad, costumbres o idiomas*”.

El voto particular concordante del magistrado César Landa incide en el extremo de la lengua desde el punto de vista constitucionalmente más apropiado, el de los derechos, el del “*derecho lingüístico de los justiciables*” así en concreto. A este derecho ciudadano corresponde una obligación judicial: “*El reconocimiento constitucional de la pluralidad étnica y cultural exige, en el ámbito de la administración de justicia, que los jueces no sólo deben conocer razonablemente los elementos culturales de un pueblo en el cual llevan a cabo su labor jurisdiccional, sino que también deberían conocer sus lenguas*”. El derecho lo funda no sólo en la Constitución (art. 2.19), sino también en el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (art. 27, el de las “*minorías étnicas, religiosas y lingüísticas*” que con anterioridad a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas incluía el caso indígena).

Esto lleva al magistrado Landa a señalar un detalle de inconstitucionalidad de la Ley de la Carrera Judicial no planteado por la parte recurrente ni considerado por la sentencia, el de no contemplar, como hubiera debido, tal derecho indígena a la propia lengua: “*El legislador peruano debió garantizar el derecho de las minorías lingüísticas de acceder a la tutela judicial en la lengua de que sean hablantes (...). De ahí que considero que en la Ley de la Carrera Judicial ahora impugnada el legislador incurre en un vicio de inconstitucionalidad por defecto, por cuanto no ha considerado que en los distritos judiciales donde exista población que se exprese mediante una lengua específica sería razonable que los jueces hablen también dicha lengua*”.

Así creo que se abre la ventana hacia una cuestión de mayor alcance no abordada ni por el voto ni por la sentencia. Ésta ha citado el artículo 149 de la Constitución desnudo, sin reproducir su texto. Helo: “*Las autoridades de las Comunidades Campesinas y Nativas, con el apoyo de las Rondas Campesinas, pueden ejercer las funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de conformidad con el derecho consuetudinario, siempre que no violen los derechos fundamentales de la persona (...)*”. La cuestión a la que me refiero es la siguiente. Si es tan importante a efectos incluso constitucionales que el juez esté integrado en la comunidad y muy especialmente en el caso de que la misma sea indígena, ¿por qué no se cuenta con la jurisdicción comunitaria en vez de empeñarse en la improbable naturalización del juez o jueza de fuera? La ley, está claro, opta por la jurisdicción no indígena, pero ¿por qué el Tribunal Constitucional no la toma en consideración una vez que adopta y enfatiza la doctrina de la comunitarización de la justicia?

La sentencia ha asumido y resaltado el principio de “*la unidad del Poder Judicial*” categóricamente formulado por la Constitución. Así de contundente es su

artículo 139.1: “*Son principios y derechos de la función jurisdiccional: La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y de la arbitral. No hay proceso judicial por comisión o delegación*”. Pero es la misma Constitución la que reconoce, como acabamos de ver, “*las funciones jurisdiccionales*” indígenas, funciones de una *jurisdicción* que no es ni militar ni arbitral ni comisionada ni delegada ni tampoco parte de esa *unidad del Poder Judicial*, y funciones que ahora sustantivamente responden a la jurisprudencia constitucional sobre la configuración de la justicia. Vuelvo a preguntar por qué entonces no se la toma en cuenta.

No tengo respuesta en lo que toca al Tribunal Constitucional. Ya se sabe que, en Perú, entidades como el Pleno del Congreso que ha aprobado la Ley de la Carrera Judicial, el Ministerio Público encabezado por la Fiscal de la Nación que la ha impugnado o la Corte Suprema de Justicia cuyo presidente la ha descalificado abrigan un modelo judicial en el que la jurisdicción indígena no tiene función relevante o ni siquiera cabida alguna, modelo que, por tanto, no resulta exactamente constitucional, pero ¿qué ocurre con el Tribunal Constitucional, con una corte de constitucionalidad que justamente ha asumido la necesidad de comunitarización de la justicia o al menos de la de base? ¿Por qué el mismo no acude al derecho internacional de los pueblos indígenas que puede dar mayor sustento y debida forma a dicha posición jurisprudencial?

La posición jurisprudencial del Tribunal Constitucional se contraponen de hecho al modelo legislativo de la justicia mucho más de lo que la sentencia sobre la Ley de la Carrera Judicial asume y hace valer. Y la posición no es sólo de un magistrado, sino del colegio todo. Un segundo voto particular tampoco la contradice. A la parte interesada, la indígena, pudiera ahora convenirle asumirla y hacerla valer ante todas las instancias constitucionales peruanas, comprendido desde luego el propio Tribunal Constitucional que no ha sido de momento consecuente.

Colombia: consentimiento indígena entre jurisprudencia y política*

La Corte Constitucional de la República de Colombia mantiene su línea jurisprudencial de ofrecer tutela a las comunidades indígenas por vulneración del derecho a la consulta reconocido por el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes (Convenio 169). El Gobierno de Colombia participa con una delegación de alto perfil político en las sesiones del Foro Permanente de Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas manifestando públicamente una posición que no sintoniza con dicho respaldo constitucional del derecho indígena a la consulta ni con la aceptación por la propia Colombia de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. El Gobierno aprovecha algunas expresiones de la Corte para, extrayéndolas de contexto, intentar fundamentar constitucionalmente su posición contraria a los derechos de los pueblos indígenas.

La acción de tutela en el caso *Álvaro Balarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía* se ha planteado y resuelto dentro del año 2009. Ahora se hace pública la sentencia. El caso interesa a comunidades indígenas y afrodescendientes del noroeste colombiano afectadas por acciones exploratorias y extractivas de recursos minerales que no han sido consultadas de forma apropiada conforme al artículo sexto del Convenio 169. El Ministerio del Interior y de Justicia procedió a consultas con indígenas no representativos de las comunidades y con procedimientos que no garantizaron un consentimiento previo, libre e informado.

La Corte Constitucional declara nula las consultas habidas y dispone la suspensión de las actividades extractivas realmente inconsultas. Resuelve “ordenar a todas las autoridades accionadas [dichos ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía] que, en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan suspender las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado *Mandé Norte*, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó”. Al Ministerio de Defensa Nacional además le ordena “que analice objetivamente y subsane las razones por las cuales las comuni-

* Publicado el 23 de abril de 2010.

dades indígenas y afrodescendientes que ancestralmente habitan en la región irrigada por los ríos Jiguamiandó, Uradá y Murindó, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de seguridad". Las comunidades entienden que la presencia militar no les protege, sino que presta en cambio cobertura a las manipulaciones del Ministerio del Interior y de Justicia y de las otras dependencias políticas para facilitar la invasión inconsulta de las empresas extractivas.

En lo que toca al derecho a la consulta, la Corte reitera jurisprudencia ya sentada por sentencias anteriores, lo que hace definitivamente injustificable, por contumaz y reincidente, el comportamiento del Ministerio del Interior y de Justicia o, puede decirse, del Gobierno en pleno. La Corte sustenta su jurisprudencia sobre el derecho indígena a la consulta no sólo en la Constitución colombiana y en el Convenio 169, sino también en sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, especialmente ahora la del caso *Saramaka versus Surinam*, en informes del Relator Especial de Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y en resoluciones de comités de derechos humanos de Naciones Unidas, particularmente del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. A pesar de que Colombia, precisamente en un momento que cae entre la interposición y la resolución de la acción de tutela en cuestión, retiró ante Naciones Unidas su abstención frente a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la Corte Constitucional no toma en cuenta este fundamental instrumento internacional de derechos humanos.

Lo que no quiere decir que lo ignore por completo. La Corte Constitucional ya venía considerando el derecho indígena a la consulta como un *derecho fundamental* y como tal alegable en acción de tutela, merecedor de esta garantía constitucional. Es un derecho que ahora se concreta no sólo a la luz del Convenio 169, sino también, implícitamente, de la Declaración, pues la Corte lo cualifica como proceso que requiere "*consentimiento previo, libre e informado*" de parte indígena. Esto no procede del primero, del Convenio, sino de la segunda, de la Declaración, aunque ésta, la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, no se colacione expresamente. Aun con una forma poco franca o todavía tímida de recepción, la jurisprudencia constitucional colombiana sobre el derecho indígena a la consulta realmente se fortalece.

También reproduce algunos elementos de debilidad. En el momento de referirse a mandatos constitucionales sobre desarrollo económico nacional de una parte y, de otra, sobre derechos indígenas, en vez de hacer valer el referido derecho internacional de derechos humanos, la Corte se sitúa en un terreno político de ponderación y balance que de hecho posterga el planteamiento de derechos que le es obligado: "*Debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos [los minerales] y la preservación de dicha integridad [la comunitaria indígena y afrodescendiente], que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos*". Bien está, pero ¿dónde

queda entonces, si puede de tal modo limitársele y condicionársele, el carácter *fundamental* del derecho a la consulta? ¿Cabe que se le reduzca a un principio de *subsistencia de los grupos étnicos*, así además dichos, ponderable y balanceable por el Gobierno?

El *equilibrio o balance* entre economía nacional y derecho indígena se convierte en el argumento básico de la posición gubernamental. La representación del Gobierno de Colombia ante el actual periodo de sesiones del Foro Permanente pretende que tal es la interpretación de la propia Organización Internacional del Trabajo respecto al Convenio 169, lo que hoy resulta sencillamente insostenible. Dicha representación ha venido encabezada por el ministro del Interior y de Justicia, esto es por el actual responsable del Ministerio que, con respaldo militar, manipula las consultas indígenas para facilitar la invasión empresarial. El informe de Colombia al Foro presenta otro panorama: “*El Gobierno Colombiano creó el Grupo de Consulta Previa dentro de la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia con el propósito de garantizar en todo momento el derecho de la consulta reconocido en el Convenio núm. 169*”.

La cuestión de la presencia militar tan sensible para las comunidades indígenas y afrodescendientes no ha dejado por supuesto de suscitarse. El ministro del Interior y de Justicia responde repitiendo el argumento del director de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa ante la Corte Constitucional en el caso de referencia: “*Las Fuerzas Armadas tienen jurisdicción en todo el territorio colombiano, por tanto las tropas no pueden ser retiradas del territorio indígena, tal y como lo piden los solicitantes*”. Que la Corte Constitucional no haya dado por bueno este argumento y que haya, muy al contrario, requerido al Ministerio de Defensa “*que analice objetivamente y subsane las razones*” de la oposición de las comunidades indígenas a la presencia militar en sus territorios, es un elemento más de tantas evidencias que el Gobierno de Colombia se esfuerza por ocultar ante la comunidad internacional.

Colombia: responsabilidad compartida en la mortandad y el despojo indígena*

“Las comunidades indígenas y las afrocolombianas son víctimas de todas las partes en conflicto (...). Muchos de los asesinatos se producen en localizaciones significativas a efectos militares o económicos. En el pasado, los paramilitares, a veces en connivencia con el Ejército, se apropiaron de tierras pertenecientes a indígenas o afrocolombianos y cometieron masacres para intimidar a la población local y doblegar su resistencia. Más recientemente, los grupos armados ilegales y las fuerzas guerrilleras que combaten entre sí por el control de la tierra y del tráfico de drogas han asesinado o desplazado a gentes de comunidades. Las comunidades indígenas y las afrocolombianas se ven a menudo atrapadas en una posición imposible dentro del conflicto, entre los requerimientos de cooperación por parte del Ejército y los procedentes de grupos armados ilegales. El Ejército, en vez de suministrar protección, a menudo entiende los esfuerzos de la población indígena por proteger sus derechos como si fueran formas de subversión o de colaboración con las guerrillas”. Son apreciaciones del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, Philip Alston, en su reciente informe sobre Colombia tras la visita efectuada hace cerca de un año.

Las responsabilidades son múltiples, pero las del Gobierno, inclusive las de sus fuerzas militares y las de grupos armados ilegales de parte latamente gubernamental, resultan, por las obligaciones constitucionales y compromisos internacionales del Estado, especialmente graves. El Gobierno incluso ha puesto en marcha un programa de premios económicos por bajas al enemigo que fomenta los asesinatos indiscriminados, esto es más allá del objetivo de despojo de tierras y recursos a comunidades indígenas y afrocolombianas al que el mismo Gobierno, con los intereses empresariales que hace suyos sin mucho disimulo, tampoco es completamente ajeno. No obstante, el mismo Gobierno ha adoptado una política de puertas abiertas al escrutinio internacional, bien que lo hace con la habilidad de generar en las instancias de derechos humanos de Naciones Unidas una inclinación a subrayar más la aparente buena disposición que las no menos evidentes responsabilidades tanto por acción y por impulso como por omisión y por connivencia. Ocurre en el mismo caso de la visita que lleva a este informe: *“Durante mi misión en Colombia recibí colaboración en grado sumo de los funcionarios del Gobierno, quienes manifestaron repetidamente su disponibilidad a sugerencias de reformas. Debe encomiarse a Colombia por su actitud verdaderamente poco común”.*

* Publicado el 29 de mayo de 2010.

Por otras cosas no debe encomiársele desde luego, pero, al señalarse esto, las tintas no se cargan como en el encomio. Se advierte en las propias recomendaciones: “*El Gobierno debería asegurarse de que sus políticas no contribuyan directa ni indirectamente a la continuidad de los ataques a grupos que en grado desproporcionado vienen constituyendo objetivos para todas las partes a todo lo largo del conflicto*”. ¿Tan sólo se trata de que el Gobierno cuide de que unas políticas no se desvíen de tal forma? ¿No hay problemas con las políticas mismas? ¿Es buena política la de premiar muertes económicamente? ¿Lo son otras que el mismo informe registra? ¿Lo es la resistencia del Gobierno a que la jurisdicción ordinaria entienda de muertes producidas por militares? ¿Y cuando ni siquiera se favorece la actuación de la justicia frente a delitos sangrientos y no sangrientos, inclusive los de corrupción política, de grupos paramilitares? ¿No hay sospechas bastante consistentes de connivencia del Gobierno en los efectos del conflicto que despejan tierras indígenas y así el camino para el acceso empresarial a recursos? ¿No viene fallando la voluntad del Gobierno por asumir y hacer cumplir los estándares internacionales sobre el tratamiento de las personas y comunidades desplazadas por el conflicto? ¿No hay pruebas en el informe de que el Gobierno desatiende las indicaciones del Sistema de Alertas Tempranas de la Defensoría del Pueblo? ¿No descuida incluso el debido cumplimiento de las sentencias de la Corte Constitucional y especialmente en casos de interés indígena? Son sólo algunas preguntas sintomáticas. ¿No está repleto de indicios sospechosos el mismo párrafo del informe que he citado al inicio?

Que sobre la trayectoria del Gobierno y en especial de su Ejército hay dudas y que las dudas son serias, por eventualmente criminales, lo da por entendido el Relator Especial al recomendar una Comisión de la Verdad: “*El Gobierno debería tomar en consideración la creación de una comisión de la verdad que lleve a cabo una investigación independiente y sistemática acerca de la historia del conflicto armado y de la responsabilidad por las muertes y otros abusos cometidos durante el mismo por paramilitares, el Ejército y las guerrillas*”. ¿Eso es todo? ¿No habría de extenderse la indagación a las políticas que se han alimentado y han engordado alrededor del conflicto? ¿No habría de conectarse la sugerencia de la comisión con “*los derechos de las víctimas a la verdad y la reparación*” a los que se refiere el propio informe en otro contexto? ¿Y no parece entonces poco precavido dirigir la sugerencia al Gobierno sin más condiciones como podrían ser, por ejemplo, la de una participación internacional y, más importante todavía, la de las propias víctimas? ¿No está Colombia tan abierta al escrutinio exterior? Comienza por no estarlo su Gobierno al escrutinio interior.

En fin, es el estilo usual del escrutinio internacional en nombre de los derechos humanos, más diplomático que riguroso. En casos como el de Colombia, con su aparente transparencia, corre el riesgo de contribuir a la coartada de unas políticas de hechos consumados y de impunidad asegurada. El Gobierno estaría continuamente demostrando su buena voluntad ante las consecuencias

de un conflicto del que no sería responsable. La sociedad internacional debería respaldarle y ayudar a reforzarle. Es el mensaje final que se arriesgan a transmitir unas visitas reiteradas con sus repetitivos informes. De esta forma, el Gobierno de Colombia sigue de hecho manteniendo un buen margen de maniobra para sus políticas opacas de aprovechamiento del conflicto.

¿Hay salida? A estas alturas la llave está en el petate de la guerrilla, particularmente en el de las FARC, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. Si se disolviesen como fuerza militar, adoptasen la vía política y asumiesen su responsabilidad por crímenes contra los derechos humanos, podrá superarse una situación tan perversa que permite políticas tan retorcidas. Será bueno que algún día ambas partes principales del conflicto, la gubernamental y la militar guerrillera, respondan ante la justicia internacional no por el enfrentamiento bélico, sino por la coincidencia en el designio de despejar la tierra de indígenas, lo que recibe el nombre de genocidio.

Perú: El Tribunal Constitucional contra sí mismo*

Hace un par de días, el último de junio, la Oficina de Imagen Institucional del Tribunal Constitucional del Perú publica una *Nota de Prensa* proclamando que el mismo “*garantiza la seguridad jurídica en el ámbito de la explotación y exploración de hidrocarburos*”. La *Nota* expone que “*el Tribunal Constitucional pretende tutelar al mismo tiempo que los derechos de los pueblos indígenas los derechos establecidos en la Constitución económica de las referidas empresas. Y es que tales actividades se vienen desarrollando en el marco de contratos de estabilidad celebrados con el Estado, los cuales no pueden ser afectados en virtud a la seguridad jurídica*”, todo ello en “*un ejercicio de compleja ponderación en el que no resultaba factible la eliminación de derechos de las empresas que vienen desarrollando actividad de exploración y explotación de hidrocarburos*” en condiciones y comportamientos “*de buena fe*”. Lo grave en el caso es que la sentencia a la que esta *Nota* se refiere no justifica tales manifestaciones con tal alcance general. La *Nota* del propio Tribunal Constitucional presenta como posición suya las pretensiones de las empresas demandadas y del Ministerio de Energía y Minas que las respalda.

La demanda constitucional de amparo la presentó la Asociación Interétnica de Desarrollo de la Selva Peruana (Aidesep) contra unas concesiones amenazantes para “*los derechos a la vida, a la salud, al bienestar, a la integridad cultural, a la identidad étnica, a un ambiente equilibrado, a la propiedad y a la posesión ancestral, así como el derecho al territorio de los pueblos indígenas en situación de aislamiento voluntario*”. Cuestión central es esta última, la de que se atenta contra derechos de pueblos que se mantienen voluntariamente aislados, eludiendo un contacto cuyos efectos puede presumirse que conocen. En Perú estos derechos están además reconocidos formalmente por ley, por la Ley de Protección de Pueblos Indígenas u Originarios en Situación de Aislamiento y en Situación de Contacto Inicial.

Esta Ley proclama que “*los pueblos indígenas en situación de aislamiento y en situación de contacto inicial se benefician de todos los derechos que la Constitución y la ley establecen a favor de las Comunidades Nativas*” (art. 8). Expresamente se reconoce “*su derecho a poseer las tierras que ocupan, restringiendo el ingreso de foráneos a las mismas*”, debiendo hacerlo el Estado (art. 4.d). ¿Qué ocurre entonces con el ejercicio del derecho a la consulta para el acceso a los recursos de sus territorios? Puede por supuesto presumirse que, si eluden el contacto, niegan cualquier con-

* Publicado el 2 de julio de 2010.

sentimiento, pero ¿cómo se defiende tal derecho? La Aidesep se entiende legitimada para representar a los pueblos en aislamiento voluntario ante la justicia y el Tribunal Constitucional admite de entrada esta legitimación aun sin reconocer al propósito su carácter representativo: “*Para efectos de su efectiva defensa [de los derechos de dichos pueblos], puede presentar acciones de garantía cualquier persona, natural o jurídica, por lo que no cabe cuestionar la legitimidad procesal en este tipo de demandas, al margen de la vía procesal*”.

El caso ya se había ventilado ante dos instancias civiles. La primera declaró infundada la demanda por considerar como no probada la existencia de los pueblos en aislamiento afectados por las concesiones. La de apelación ratifica tanto decisión como motivación, añadiendo el peculiar razonamiento de que, caso de que existieran, no cabe requerir una consulta infactible: “*Debido a que en el caso de autos se trata de pueblos indígenas en aislamiento voluntario resulta evidente que no es posible hacer la consulta que establece la norma*”, mientras que el Estado sí puede y debe garantizar con todos sus poderes, inclusive el judicial, las concesiones a las empresas. La facticidad se convierte en criterio último, esto es, primero, de la juridicidad con el efecto de la cancelación de los derechos de sujetos que, como los pueblos indígenas en aislamiento voluntario, escapan legítimamente al alcance de los poderes del Estado.

El Tribunal Constitucional viene a asumir el fondo de esas decisiones judiciales, confirmando el doble fallo, pero también procediendo a correctivos importantes: “*El Tribunal no comparte esta aseveración [la recién citada], pues (...) el derecho de consulta se extiende en estos casos a las comunidades, autoridades, asociaciones y demás entidades representativas de las comunidades aledañas o colindantes, a fin de garantizar su derecho a la participación en la toma de decisiones, incluso frente a posibles poblaciones en aislamiento que puedan resultar afectadas. La interpretación que debe hacerse en este sentido debe ser la más amplia posible, en procura de alcanzar la legitimidad social indispensable para que las actividades extractivas se realicen en forma pacífica y con la anuencia de las comunidades y sus organizaciones*”. Ahora la Aidesep, aunque nunca se le mencione a este propósito, cobra su dimensión representativa.

Y el derecho a la consulta se afirma por la sentencia en todo caso y para todos los casos como derecho rigurosamente constitucional. Según una jurisprudencia ya consolidada del propio Tribunal Constitucional, el tratado multilateral que lo registra, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, se cualifica como integrante del “*parámetro de constitucionalidad en materia de derechos y libertades*”, él mismo “*parámetro normativo y de interpretación para el control de los actos o decisiones de los poderes públicos que interfieran en los derechos de dichos pueblos*”, los indígenas. Se fundamenta el derecho a la consulta en “*la libre autodeterminación de las comunidades nativas, sumada a la concepción que éstas tienen sobre la tierra*”, una libre

determinación que acto inmediato se condiciona por el Tribunal Constitucional, pero que queda así situada como base para un derecho del que, conforme a todo este razonamiento, los últimos que pueden ser privados en su estado menos condicionado son los pueblos en aislamiento precisamente.

¿Cómo entonces, con tales fundamentos, la sentencia del Tribunal Constitucional acaba concordando con los fallos desestimatorios de las instancias civiles? Lo hace mediante diversos argumentos, algunos dando pie a las proclamaciones de la *Nota de Prensa*. Por una parte, el Tribunal Constitucional arguye que “*el proceso de amparo no es la vía adecuada por carecer de estación probatoria respecto de cuestiones tan controvertidas como las expuestas, resultando de aplicación el artículo 9º del Código Procesal Constitucional*” (Código Procesal Constitucional, art. 9: “*En los procesos constitucionales no existe etapa probatoria...*”). Así, ya sólo con esto, el amparo constitucional puede saldarse en desamparo judicial, pues son las instancias civiles frente a las que el recurso constitucional se ha interpuesto las que deberían haber procedido a las pruebas pertinentes.

Más tarde siguen los argumentos que dan pie a los excesos de la *Nota de Prensa*, pues la sentencia, haciendo suyas alegaciones de la propia parte empresarial, expone que tras las correspondientes concesiones “*se han sucedido una serie de actos de buena fe por parte de las empresas comprometidas en estos proyectos, las cuales han actuado basadas en la seguridad y confianza que razonablemente podían transmitir las propias autoridades estatales*”, “*todo ello al margen de considerar que las actuaciones de estas empresas se viene dando en el marco de Contratos-Ley firmados con el Estado Peruano y garantizados por el artículo 62º de la Constitución*” (Constitución, art. 62: “*La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Mediante contratos-ley, el Estado puede establecer garantías y otorgar seguridades*”). Con esto el Tribunal Constitucional ubica los derechos de las empresas al mismo nivel que los derechos de las comunidades indígenas arrogándose la función, no de garantizar derechos como es su competencia, sino de arbitrar entre intereses, los indígenas y los empresariales, tomados estos segundos por generales, con lo que encima la nivelación al final se desnivela. En este ejercicio que se pretende de “*ponderación*” los derechos indígenas quedan expresamente postergados.

La sentencia dispone que “*se ponga en marcha un plan de compromisos compartidos entre las empresas privadas involucradas, que no verán paralizadas sus acciones, y las propias comunidades y sus dirigentes, que tampoco pueden renunciar a sus derechos y que deben ser restablecidos en el más corto plazo posible, abriendo el diálogo a efectos de construir un espacio de armonía y confianza mutua*”. En suma, “*el derecho de consulta debe ser en este caso puesto en práctica de forma gradual por parte de las empresas involucradas y bajo la supervisión de las entidades competentes*”. El problema no radica tan sólo en la circunstancia de que, en el Perú de hoy,

con el Gobierno actual, tales previsiones resulten inverosímiles, sino en que las mismas se sitúan notoriamente fuera y muy por debajo de los imperativos de ese Convenio 169 integrante del *parámetro de constitucionalidad*. El fallo resulta un oxímoron. Se declara “*improcedente la demanda de amparo, porque no se ha acreditado la existencia de la comunidad en aislamiento voluntario o no contactada, sin perjuicio de reconocer el derecho inalienable de los Pueblos Indígenas y Tribales a ser consultados conforme al Convenio 169 de la OIT*”. ¿No está alienando esta sentencia tal derecho inalienable?

La *Nota de Prensa* saca completamente de contexto expresiones de la sentencia para imprimirlas un valor incondicionado que no tienen. En las circunstancias actuales del Perú caracterizadas al respecto ante todo por las Observaciones que el Poder Ejecutivo ha interpuesto contra la Ley de Consulta, tales expresiones así cobran un alcance que llanamente traicionan la jurisprudencia más constante del propio Tribunal Constitucional. La sentencia es de noviembre de 2009 y se ha publicado ahora mediante dicha *Nota*. El por qué de esta demora lo ignoro, pero conozco la intención de la publicación con el acompañamiento. Se trata de una operación nada limpia para arropar al Poder Ejecutivo ante el Congreso y a los intereses empresariales frente a los derechos indígenas. Si se relaciona esta sentencia con la posición similar de la Ley de Consulta en cuanto al mantenimiento de las concesiones inconsultas, algo más podrá vislumbrarse.

En la Disposición Final Segunda de la Ley de Consulta pendiente de nuevo en el Congreso se sienta que la misma “*tampoco modifica o deroga las medidas legislativas, ni deja sin efecto las medidas administrativas dictadas con anterioridad a su vigencia*”. Es un borrón y cuenta relativamente entonces nueva que sustentaría esta sentencia del Tribunal Constitucional. Mas si el Convenio 169 integra el *parámetro de constitucionalidad* desde el momento lógicamente de su entrada en vigor en el Perú hace ya quince años, tal borrón es sencillamente inconstitucional. Ninguna norma de rango inferior, inclusive la eventual Ley de Consulta, prevalece sobre el Convenio. El deber de consulta del Estado deriva de éste y no de aquella, de aquel Convenio y no de esta ley o de ninguna otra que pudiera advenir.

Lo que el Tribunal Constitucional está, en definitiva, mostrando con esta sentencia es su buena disposición a ignorar su propia jurisprudencia por deferencia hacia el Gobierno y por obsequiosidad para con las empresas.

Belice: jurisprudencia postcolonial y título indígena*

“Ya es tiempo de que desaparezca definitivamente la falsedad de que la adquisición de soberanía alcanza a la propiedad. El cambio de soberanía por sí mismo no afecta a los derechos indígenas sobre la tierra”. Esto lo recalca la Corte Suprema de Belice en una importante sentencia del 28 de junio confirmatoria de la propiedad territorial de comunidades mayas ke'kchí y mopán en virtud de su propio título consuetudinario anterior al colonialismo tanto español como británico. Podría pensarse que el derecho territorial de estas comunidades queda así bien fundado, pero en la misma sentencia todavía operan principios coloniales que enervan la posición indígena y que no sólo interesan al caso de Belice.

La sentencia no formula una jurisprudencia nueva para Belice. De suyo ya había sido sentada por otra de la propia Corte Suprema de 18 de octubre de 2007, pero ésta sólo amparaba a dos de las decenas de comunidades que ahora han reclamado y, además, ni el Gobierno de Belice ha asumido ni los hacendados no indígenas han venido respetando tras la primera sentencia el reconocimiento del título consuetudinario de la propiedad indígena. Ahora se recurre a la Corte para reforzar el derecho indígena a la tierra y para que se le declare en favor de todas las comunidades mayas del sur de Belice. Ambos objetivos se alcanzan plenamente. La sentencia de 2010 reafirma la de 2007 declarando ahora que *“la titularidad territorial indígena existe en todas las comunidades mayas del Distrito de Toledo y que, donde existe, confiere derechos de propiedad colectivos e individuales conforme al significado de las secciones 3.d y 17 de la Constitución de Belice”.*

La referencia a la Constitución es clave para el reforzamiento del título indígena. Los artículos mencionados no lo mencionan, pero la interpretación de la Corte es que se incluye. En la parte de la Constitución de *Protección de derechos y libertades fundamentales*, la referida sección 3.d defiende el derecho de propiedad frente a la expropiación arbitraria mientras que la sección 17 se ocupa de principios, casos, condiciones y formas para que la afectación pública de la propiedad sea legítima. La Corte entiende que ignorar el título indígena resulta una expropiación ilegítima, por lo que la propiedad territorial de las comunidades indígenas goza de ese reconocimiento y de esas garantías de índole constitucional. La Corte entiende que al reforzamiento asiste una enmienda de la Constitución de 2001 que introdujera en su Preámbulo una referencia a

* Publicado el 5 de julio de 2010.

la existencia de pueblos indígenas: “*El pueblo de Belice (...) requiere políticas de Estado (...) que protejan la identidad, dignidad y valores sociales y culturales de los beliceños, incluidos los pueblos indígenas de Belice*”. Es en realidad una mención más bien ambigua como pertenencia de Belice sin identidad propia. La Corte empeora todavía más la referencia al reducir inadvertidamente en su cita *peoples* a *people*, esto es, pueblos a población.

La Corte entiende que la Constitución refuerza y así realmente lo hace su interpretación, Constitución entonces al cabo: “*Es hoy un precepto constitucional que las políticas de Belice deben proteger la identidad, la dignidad y los valores sociales y culturales de los mayas igual que ha de hacerlo respecto a otros beliceños*”. Además de a la Constitución así interpretada, la Corte recurre a otro fundamento más específico para el derecho indígena, el de la jurisprudencia de las altas cortes de los países de *common law*, los de la diáspora británica a lo ancho del universo mundo. Un derecho que puede considerarse internacional, sea con la internacionalidad peculiar de un determinado postcolonialismo, presta así también apoyo para el reconocimiento y la garantía del derecho territorial de las comunidades mayas de Belice. Lo que llama la atención es que el círculo no siga ampliándose por esta sentencia. El derecho interamericano prácticamente no comparece. Y el derecho más propiamente internacional, el de los instrumento de Naciones Unidas, se ignora. Se toma en cuenta algún informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos para cuestiones de hecho, pero no la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para cuestiones de derecho pese a que ésta, bien cercana en Costa Rica, es la que ha elaborado la doctrina del título consuetudinario de la propiedad indígena.

Belice no tiene ratificada la Convención Americana sobre Derechos Humanos, luego la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no le vincula. ¿Justifica esto que la ignore? Así parece que lo entiende la Corte Suprema. Sin embargo, tampoco rige en Belice, por ejemplo, el derecho australiano o el derecho canadiense y a la jurisprudencia del uno como del otro la Corte recurre para fundamentar la suya propia. La explicación de la ignorancia del derecho interamericano de derechos humanos por esta sentencia de la Corte Suprema de Belice ha de encontrarse en otro sitio que en el argumento sencillo de la falta de ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Cabe que se encuentre en una complicidad de fondo todavía colonial que puede funcionar entre los altos tribunales del ámbito del *common law* y no en cambio, a estas alturas, con el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

A primera vista, la sentencia es postcolonial en el sentido de anticolonial. Afirma con insistencia que ni el colonialismo español en el siglo XVIII, cuando las latitudes del caso fueron de hecho dominadas por España, ni el colonialismo británico desde el siglo siguiente, el XIX, extinguieron el título indígena a la propiedad de la tierra y que de ahí trae el mismo una fuerza que hoy se formaliza

y consolida con el reconocimiento y la garantía constitucionales. Bien está. Es una regla de la que pudieran desde luego aprender los aparatos de justicia de los Estados latinoamericanos. Mas resulta que en el mundo del *common law* su postulación no es tan neta como parece o como la propia Corte Suprema de Belice la formula. En su misma sentencia el postcolonialismo se modula y el anticolonialismo se restringe. El colonialismo no queda completamente conjurado. Algún efecto mantiene y no precisamente favorable para el título indígena.

En el caso de las comunidades mayas del distrito de Toledo, el problema práctico más perentorio que hoy se presenta es el del acoso y la invasión del territorio indígena por contingentes no indígenas que alegan no sólo la inexistencia a su entender del título indígena, sino también, en casos, títulos propios de *common law*. Los argumentos los expone la representación de un hacendado que se ha constituido en parte de este segundo juicio, el de 2010, o que ha debido hacerlo al ser demandado por las comunidades. La sentencia ha de discutir el valor de las concesiones de título por principios y formas del *common law* en oposición al derecho indígena. En una sociedad de asentamiento colonial la cuestión se centra en la autoridad de la concesión de tierras por parte de *la Corona* o, desde la independencia, *el Estado*. ¿No habíamos quedado que el colonialismo no afecta al título indígena? ¿Cómo puede todavía discutirse si dichas concesiones pueden conservar algún valor frente a la propiedad indígena?

Pues se discute. La sentencia lo hace cualificando las concesiones que pueden tener valor según la jurisprudencia del *common law*. Tanto para las del *Estado* hoy como para las de *la Corona* ayer, se requiere la cláusula explícita de extinción del título indígena para que la misma ceda ante concesiones pretéritas o presentes. Si, como suele ocurrir, tal cláusula no figura de forma expresa, el título indígena se salva. En todo caso, el colonialismo que se expulsara por la puerta ha entrado por la ventana. El título indígena resulta que hoy todavía no es tan inmune al colonialismo. No lo es a este postcolonialismo. El poder colonial de *la Corona* se ha transmutado en reserva entendida de poder constitucional del *Estado*. El vano por el que se ha introducido la afectación del título indígena es el de la jurisprudencia del *common law* que, efectivamente, no ha cortado totalmente su cordón umbilical con el colonialismo. Es un contexto en el que esta sentencia de la Corte Suprema de Belice puede recurrir a jurisprudencia no sólo de Canadá o de Australia por ejemplo, sino también, sin sentir vergüenza, a la de tribunales británicos en el África de los peores tiempos del colonialismo abierto.

En este escenario el dominio colonial puede mantener un peso todavía mayor. La soberanía procedente del colonialismo, la que pasa de la Corona al Estado, no afecta en principio al título indígena, pero lo atrae de producirse vacancia. A la propiedad indígena se le exige, por consuetudinaria, un tracto o continuidad intergeneracional de ocupación efectiva desde el mismo momento del primer encuentro. Esto implica que, si un pueblo indígena se desplaza por presión colonial, pierde el título en origen

y no lo adquiere en destino. Es un argumento que enarbola enérgicamente la parte no indígena en este caso, con lo que la cuestión esencial en el juicio resulta de hecho la de demostrar que los mayas actuales del sur de Belice descienden de los mayas del mismo lugar al tiempo de la llegada de los españoles, elevándose este término de referencia además al siglo XVI en vez de al XVIII. La prueba principal resulta entonces la aportada por especialistas no indígenas en historia incierta y no la de evidencias y testimonios presentes de parte indígena. Son efectos igualmente de la persistencia del colonialismo a través de una jurisprudencia de *common law*.

Todo ello puede también explicar la otra ausencia normativa en esta sentencia, la más llamativa, la del derecho propiamente internacional de los derechos humanos. ¿Cómo podría mantenerse dicho sustrato colonial bien vivo si se colacionase la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para fundamentarse también y sobre todo en ella el título indígena? Que se guarde ahora este silencio salta más a la vista porque la sentencia anterior, la de 2007, operaba de otro modo: “*También importa la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de septiembre de 2007. Por supuesto las resoluciones de la Asamblea General, al contrario que las del Consejo de Seguridad, no son ordinariamente vinculantes para los Estados. Sin embargo, cuando estas resoluciones o Declaraciones contienen principios de derecho internacional general, no es de esperar que los Estados las ignoren*”. Eso se decía en 2007, ¿por qué entonces no se retoma en absoluto ahora?

Se tiene una explicación aparente. En 2007 actuaba como abogado de la parte indígena James Anaya, el actual Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, cuyas alegaciones ya se ocupaban de introducir las remisiones al derecho internacional, así como al interamericano, de derechos humanos. No es que resulte realmente una explicación, sino más bien lo contrario. La sentencia de 2010 ha tenido continuamente ante la vista la de 2007, a veces copiando literalmente, pero prescinde de sus fundamentos de derecho internacional de derechos humanos. En fin, explicación no parece haber otra que la de los márgenes de continuidad del colonialismo en un mundo que, como el del *common law*, aparenta ser postcolonial. El de tradición hispana guarda menos las formas.

La Alianza de Líderes Mayas de Belice publica un comunicado celebrando naturalmente la sentencia y asegurando que garantiza a las respectivas comunidades el derecho de libre determinación sobre sus territorios. Ha de valorarse que así sea a efectos prácticos. Son además muchos años de lucha a través del derecho por el reconocimiento que acaba de alcanzarse. El mismo comunicado no olvida otro registro, el de “*la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas por la que Belice votó a favor en Naciones Unidas*”. El paso del *common law* al derecho internacional de derechos humanos para fundamentar el título indígena reforzaría desde luego su posición constitucional.

Visita al Pueblo Awá*

Como tantos pueblos indígenas de las Américas, el pueblo awá sufre la herida de venas abiertas por fronteras ajenas, las estatales de Colombia con Ecuador y, dentro de Colombia, las departamentales entre Nariño y el Putumayo. Hoy se organiza el pueblo awá en cuatro entidades, la Federación de Centros Awá del Ecuador (FCAE) y, en Colombia, la Unidad Indígena del Pueblo Awá (Unipa), el Cabildo Mayor Awá de Ricaurte (Camawari) y la Asociación de Cabildos Indígenas del Pueblo Awá del Putumayo (Acipap). Son organizaciones que hoy se plantean el reto de una unificación transfronteriza comenzando por la formulación del *Katsakual Inkal Awa*, el Plan de Vida del Gran Pueblo Awá. Unipa y Camawari han invitado a su territorio a una misión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas. La visita se ha efectuado el jueves 8 de julio.

Hay activada una alarma internacional sobre la situación de riesgo para su propia supervivencia en la que se encuentra el pueblo awá. Últimamente han mostrado su preocupación al respecto el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, y el Asesor Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio, Francis Deng. Con toda consecuencia, un oficial de esta alta asesoría ha acompañado a la misión del Foro Permanente. La observación de la situación de riesgo de extinción que atraviesa el pueblo awá en Colombia ha sido uno de los motivos expresos de la misión. Al contrario de lo que se hizo el año pasado por las misiones del Foro Permanente a Paraguay y Bolivia para observar la situación del pueblo guaraní, en esta ocasión la misión no se ha extendido al Ecuador. El Foro Permanente aceptó y agradeció al pueblo awá la invitación a la visita de su territorio en Colombia.

La visita ha sido en concreto a la localidad de El Diviso, la capital awá en Colombia, en el predio El Verde del resguardo El Gran Sábalo. Asistieron sus autoridades, otros representantes indígenas, miembros de las comunidades, oficiales de algunas agencias de Naciones Unidas y una representación del Gobierno encabezada por el director general de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia. El saludo y la despedida de este representante gubernamental fueron elocuentes. Saludo y despedida digo porque se le rogó que abandonase la reunión entre la misión del Foro y la representación indígena, lo que hizo. Fueron saludo y despedida intrusistas y prepotentes. Se permitió decir

* Publicado el 11 de julio de 2010.

algo tan ofensivo como que allí se expresaban tan sólo “*opiniones de los indígenas presentes*”. Luego expresaría su opinión institucional en el sentido de que, si no se llega a acuerdos de protección de “*las minorías étnicas*”, es porque “*las agencias internacionales se interfieren*”. También afirmó en la reunión que los awá podían verse con nosotros porque el Gobierno se lo permitía. A la hora de la verdad, entre continuas protestas de respeto de los derechos indígenas, a los indígenas les tiene el Gobierno de Colombia por incapaces de representación propia y de determinación por sí mismos. Es un factor que ayuda a entender la grave situación a la que está conduciéndose a éste como otros pueblos indígenas en Colombia bajo la apariencia afanosa de respeto a sus derechos por parte del Gobierno. El racismo sigue no sólo latente, sino incluso operativo.

En la reunión a solas de la parte awá y el Foro Permanente se redundó ante todo en información que ya se había anticipado. Desde Pasto, la capital de Nariño, el 9 de abril, la Unipa dirigió un *Comunicado a la Opinión Pública Nacional e Internacional* dando noticia de las matanzas sufridas por parte de la guerrilla durante el año 2009. Reclamaba los cadáveres aún en manos de la Fiscalía General de la Nación y exigía “*la desmilitarización inmediata*” del territorio awá mediante la evacuación de todas las fuerzas beligerantes, inclusive del ejército colombiano “*ya que su presencia ha provocado mayor riesgo y vulnerabilidad*”. Entonces ya se recalca que “*las situaciones que atentan contra nuestra pervivencia física y cultural siguen sucediendo*”. La información añadida en la reunión de El Diviso confirmaba y complementaba. La Unipa mostró su disponibilidad a concertar la defensa de su territorio con el Gobierno colombiano. El Ministerio de Defensa Nacional se niega en redondo pese a que la Corte Constitucional le tiene ordenado que “*analice objetivamente y subsane las razones*” de la desconfianza indígena.

La ocupación militar del territorio indígena no sólo resulta disruptiva de la vida comunitaria, sino que también contribuye a la fuerte presión sobre las comunidades para que abandonen su territorio. Las del pueblo awá sufren pérdida de control territorial por confinamiento y desplazamiento. En El Diviso hay familias desplazadas de comunidades del Putumayo. En Nariño y hacia el norte, en toda la zona del Pacífico colombiano, se constata una inquietante continuidad entre acoso militar y paramilitar, desplazamiento de comunidades, tanto indígenas como afrodescendientes, e invasión de las tierras por empresas de agrocombustibles, hidrocarburos, forestales, etc. La inquietud se incrementa con la constancia añadida de que el Gobierno ahora saliente intentó una legalización que sellase la invasión empresarial mediante un Estatuto de Desarrollo Rural afortunadamente declarado inexecutable por la Corte Constitucional. Dada la línea de esta Corte garantizando derechos indígenas, si hay genocidio en curso, no lo es ciertamente de Estado, pero elementos del Estado no escapan a una responsabilidad de agentes múltiples, desde la guerrilla hasta el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural con su Instituto de Desarrollo Rural, antes de Reforma Agraria.

El pueblo awá se encuentra enormemente debilitado en Colombia para defenderse a sí mismo no sólo por la envergadura de la agresión que afronta ni tampoco tan solamente porque esté dividido entre fronteras estatales y departamentales. La división es también interna en *resguardos* discontinuos que distan de cubrir la integridad del territorio awá en Colombia. Suele entenderse que es la Constitución la que establece un sistema que, como el de resguardos, es de matriz colonial, pero la misma realmente prevé su conversión en *entidades territoriales indígenas*, en territorios que pudieran corresponderse mejor con la geografía de los pueblos. La Corte Constitucional ha insistido en que tales *entidades* no deben subordinarse a la administración municipal pues, al atender derechos de pueblos, son de rango incluso superior, pero el Gobierno saliente ha seguido una línea de supeditación de los resguardos a los municipios con grave afectación de la autonomía indígena. El departamento de Nariño no es excepción, como se puso de relieve en nuestra visita. Por el Gobierno del Municipio de Tumaco se intentó justificar la creciente subordinación y alarmante discapacitación de los resguardos awá con doctrinas del Consejo de Estado y decretos del Gobierno como si la Constitución no existiera.

La Constitución de Colombia está neutralizándose en todo cuanto interesa a los pueblos indígenas. La misma prevé una Ley de Ordenación Territorial que habría de abrir el espacio para las *entidades territoriales indígenas*. Casi veinte años después, tal ley no existe, lo que permite al Gobierno la imposición de políticas degradatorias de las comunidades indígenas a espaldas de la Constitución. No se piense que la solución está en la Ley. De parte indígena hay también oposición a la misma por la razón muy sencilla de no dejar en manos de un Congreso con mínima representación propia las decisiones constituyentes de los territorios indígenas. La Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), la más representativa de los pueblos afectados, reclama un acuerdo bilateral con el Ejecutivo que luego se estudiaría cómo formalizar para que no hubiera interferencia del Legislativo. Como por la misma ONIC se nos ha explicado, la democracia es cosa completa cuando hay pluralidad de pueblos en un solo Estado. En rigor, esta posición sintoniza mejor que la de simple ejercicio del Poder Legislativo con el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, que, según viene insistiendo la Corte Constitucional, tiene rango constitucional en Colombia. El pueblo awá no está sólo. Su posición indudablemente se fortalecería con un Gobierno que aceptase el planteamiento del la ONIC. El entrante en estas semanas no suscita muchas esperanzas a este respecto.

Con su trasfondo racista, el Gobierno colombiano culpa a las organizaciones indígenas de que las cosas no avancen. En el caso awá está acordado un Plan de Salvaguarda frente a la situación de riesgo, plan exigido por la Corte Constitucional. El Gobierno se queja de que la Unipa elude la firma. La Unipa es organi-

zación que de hecho suple la falta de reconocimiento de territorio íntegro con autogobierno propio, lo que desde luego facilitaría relaciones y acuerdos. Antes de comprometerse, la Unipa, requiere la necesaria dotación presupuestaria y una audiencia de la Corte Constitucional que respalde el Plan de Salvaguarda del Pueblo awá y así sirva para comprometer al Gobierno. Las explicaciones que éste ofrece caricaturizan la situación hablando de desencuentros por las dificultades de acudir a la zona awá y por algún resfriado que obligó a cancelar alguna visita. Mientras tanto, por confinamientos y desplazamientos, la infancia awá padece desnutrición; hay niñas embarazadas por agentes del conflicto armado, familias depauperadas, comunidades incapacitadas, comportamientos militares contra garantías constitucionales, reclutamiento forzado incluso de niños, asesinatos selectivos, muertes por minas antipersonales, detenciones arbitrarias, raptos de cadáveres, invasión de cultivos legales e ilegales o realmente ilegales todos, fumigaciones destructoras de cultivos alimenticios y de plantas medicinales, contaminación de aguas, etc. De todo esto se nos dio testimonio vivo en la reunión del resguardo El Gran Sábalo.

En la reunión con el pueblo awá se nos presentó un documento con recomendaciones para nuestro informe, entre las que se encuentra el requerimiento de que los instrumentos internacionales reconozcan claramente *“el derecho de los Pueblos Indígenas a vetar proyectos mineros, de ley, de infraestructura y demás que afecten nuestra identidad física y cultural”*, así como el de que el Gobierno colombiano garantice el derecho *“a la reparación individual y colectiva al pueblo indígena Awá”* por los enormes daños sufridos. Todo sumado, el documento awá reitera la reclamación dirigida a las instancias internacionales de derechos humanos de *“dar seguimiento periódico y documentado del genocidio al que nos estamos enfrentando los pueblos indígenas en Colombia”*. Con un evidente cansancio por la sucesión de pronunciamientos internacionales sin efectos tangibles, el pueblo awá hace un ruego: *“Que el diálogo entre el Foro Permanente y el Gobierno Nacional no se limite a establecer espacios de reuniones cuyos resultados no se observan en el territorio en términos de protección de nuestra integridad física y cultural”*, esto es, en suma, de prevención y sanción del genocidio.

Apólogo colonial*

Érase una vez, tanto tiempo ha como allá por los años treinta del siglo XX, un Estado por las Américas de nombre Colonia que puede parecer hoy curioso, pero que entonces no lo resultaba. Constituía un homenaje a un aventurero genovés apellidado Colón, aquel que encabezara la invasión europea que se adueñó del continente. Colonialismo no es palabra que proceda de Colón, pero podría hacerlo perfectamente para el caso de las Américas. Los legatarios de ese verdadero pirata fueron quienes establecieron el Estado de Colonia imponiéndose sobre la humanidad indígena y sobre la afroamericana descendiente de un tráfico intercontinental de esclavitud masiva. Con todo, Colonia era un nombre bien significativo. Colonial era un patronímico que no avergonzaba, sino que henchía de orgullo a la ciudadanía eurodescendiente de aquel Estado de Colonia.

Esa ciudadanía colonial, la eurodescendiente, ambicionaba hacerse con todo el territorio y con todos sus recursos frente al arraigo persistente, todavía por entonces apreciable, de los pueblos indígenas, múltiples y diversos, y de los afrodescendientes. Allá en aquellos tiempos de los años treinta del siglo XX, un Gobierno de Colonia se hizo notorio por las políticas que puso en marcha. Lo encabezaba un ambicioso y prepotente político llamado Ávaro Urgítler, con ese apellido de extraña resonancia. Lo flanqueaban en su gabinete un par de hombres fuertes de su confianza, Fatuo Génova como ministro de Seguridad Nacional y Justicia Democrática; como ministro de Agroempresas y Desarrollo Rural, un político oscuro de nombre olvidado al que se le recuerda por su apodo de Urgitlerito, con base en su incondicional devoción para con Urgítler, el presidente.

La política se fraguó aprovechando las condiciones creadas por unas guerrillas que operaban desde hacía décadas, las autodenominadas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colonia, más brevemente las FARC. Campaban por sus respetos aterrizando y desplazando a pueblos indígenas y afrodescendientes. Está bien dicho lo de aprovechar, pues el Gobierno de Urgítler lo que puso en marcha fue una política de concurrencia terrorista con las fuerzas guerrilleras apreciando la ocasión de despejar definitivamente los territorios indígenas y afrodescendientes para que las empresas se hiciesen con un acceso expedito a los correspondientes recursos. Urgitlerito puso todo de su parte para que las invasiones empresariales se legalizaran.

No fue una política diseñada de antemano ni en ningún momento, sino que más sencillamente se fue impulsando a medida que se evidenciaban los efectos

* Publicado el 16 de julio de 2010.

de la intervención militar sobre territorios indígenas y afrodescendientes. Para potenciarla, se promovió un movimiento antiterrorista de efectos igualmente terroristas bajo la apariencia de que era espontáneo y no propiciado por círculos gubernamentales y empresariales. Servía también para manipular los procesos electorales, pues Colonia era un Estado democrático. Asimismo, se organizaron Campos de Concentración recluyendo a indígenas y afrodescendientes, con la excusa de defenderlos del fuego cruzado de guerrilla y contraguerrilla, e impidiéndoles de paso el regreso a los territorios de donde habían sido desplazados.

En el Estado de Colonia, las relaciones con indígenas no se atenían regularmente a ley o, aún menos, a Constitución. De extremos claves se ocupaban unas directrices ejecutivas cuyo valor normativo era todavía más dudoso y que ni siquiera se publicaban en la prensa oficial. Una directriz ministerial encomendaba enfáticamente al Ejército la defensa de los derechos de las comunidades indígenas. Una directriz presidencial recomendaba encarecidamente a las empresas evacuar consultas con las comunidades antes de establecerse en sus territorios, esto era antes de invadirlos y esquilmarlos. La segunda directriz iba naturalmente más en serio que la primera. El signatario de ésta, el ministro de Defensa Nacional y Paz Interior de nombre paradójico Arcángel Santoral, sucedería a Urgítler en la Presidencia. Su directriz sobre indígenas ya anunciaba una línea de profundización en el desparpajo. La guerrilla seguía haciendo bien su trabajo de provocar a la contraguerrilla, justificar al Ejército y contribuir a la masacre de indígenas.

El Gobierno de Colonia comenzó a encontrarse en una delicada posición internacional por su política belicosa y depredadora contra parte inerme de su propia ciudadanía, la indígena y afrodescendiente. Existía por entonces, con cierta vocación de universalidad, una organización entre Estados, la Liga de Naciones, y otra humanitaria, la Cruz Bermeja, entre las que empezó a cundir la alarma. En el seno del Gobierno colonial, Urgítler propuso cortar por lo insano abandonando la Liga de Naciones y expulsando a la Cruz Bermeja. En su círculo íntimo, no ocultaba que así se podría proceder a la solución final de despejar el territorio de la población indígena y afrodescendiente. Las mismas condiciones necesariamente poco humanas de los Campos de Concentración podrían ir facilitando un exterminio. Urgítler, hombre expeditivo donde los hubiera, procedente de una región de Colonia de eurodescendientes bravos, conocidos como paisas, escuchaba estas propuestas con simpatía, pero era algo más listo que su ministro, en verdad, de despojo rural. Siguió el consejo de Génova, de su ministro de inseguridad nacional en definitiva.

Fatuo Génova se oponía resueltamente al abandono de la Liga de Naciones y a la expulsión de la Cruz Bermeja. Muy al contrario, proponía que el Gobierno colonial se esmerase en las atenciones a la una y a la otra. Así se hizo. La República de Colonia se convirtió en el Estado más receptivo y abierto a la inspección internacional y a la asistencia humanitaria. Su Gobierno invitaba y atendía a toda

suerte de misiones de la Liga de Naciones y de expediciones de la Cruz Bermeja que observaban la complejidad de la situación y procedían a la simpleza de la diagnosis. La procesión de misiones era constante con efectos como el de crear un cuerpo nutrido de recomendaciones repetitivas que el Gobierno colonial acataba y no cumplía.

Ante las visitas internacionales que fomentaba, el Gobierno se jactaba de ir progresivamente reduciendo a guerrilla y contraguerrilla, particularmente a esta segunda, mientras que ambas de hecho seguían campando por sus respetos bajo la mirada complaciente del Ejército colonial. Las fuerzas militares más numerosas y mejor dotadas de América Latina, si no vencían a guerrilla y contraguerrilla, es porque no se lo proponían en serio. La situación le servía al Gobierno para militarizar por completo la política de seguridad pretendiendo que ello no era constitucionalmente irregular. La política de desmovilización de la contraguerrilla ni aseguraba en serio su finalización ni tomaba seriamente en cuenta la reparación de las víctimas.

Para las visitas, el Gobierno colonial organizó un Campo de Concentración, el famoso Campo de Santas Marta y María, con todo lujo de detalles para que las misiones internacionales pudieran admirar sus esfuerzos a favor de “*nuestras minorías étnicas*”, como, con el adjetivo de apropiación inclusive, le gustaba denominarlas. Parque temático le decían las malas lenguas. El propio Gobierno era un verdadero mago del lenguaje. No admitía que hubiera conflicto armado interno, sino tan sólo problemas de seguridad. Tampoco reconocía la existencia de la contraguerrilla, sino tan sólo de bandas criminales sin motivación política ni de intereses económicos más allá del propio latrocinio. Coartar libertades de indígenas y poner en peligro sus vidas era para el Gobierno colonial defender sus derechos, dijeran lo que dijese los presuntos beneficiarios.

Los pueblos indígenas y afrodescendientes se resistían por supuesto. La Organización Indígena Nacional de Colonia (ONIC), la más representativa entre las varias que había, clamaba contra una política que consideraba justamente genocida. Todavía no se había acuñado esta palabra de genocidio, pero la ONIC, que también se presentaba como Autoridad Nacional de Gobierno Indígena de Colonia (ANGIC), hacía ver que el designio último era el de la desestructuración cultural e incluso el exterminio físico de los pueblos indígenas en cuanto que tales pueblos. Hubo misiones de la Liga de Naciones que se hicieron eco de este clamor indígena, pero situándolo en un escenario ficticio. Consideraban que el Gobierno colonial no era ni siquiera connivente y encomiaban su aparatoso alarde de esfuerzos por defender a los pueblos indígenas y afrodescendientes frente a guerrilla y contraguerrilla. Las grandes empresas se frotaban las manos mientras sus bolsillos engordaban. La política de Génova estaba funcionando a pleno rendimiento. Hay quien dice que Urgítler llegó a sentir celos.

¿Cómo podía esto ser con toda aquella apertura al escrutinio internacional? ¿Es que nadie no indígena escuchaba realmente la voz indígena? Sí y no. O más

bien no aparentándose que sí. Las mismas misiones internacionales se presentaban como portavoces de esa ciudadanía en situación provocada de extrema vulnerabilidad, como si la misma no tuviera voz propia o como si ésta no mereciera crédito. Así la intervención internacional contribuía a la desautorización de las posiciones indígenas. Por otra parte, las misiones insistían en que habían de confrontar testimonios y ponderar posiciones. Tenían que ser objetivas en tal determinada forma de no conceder la razón a ninguna parte guardando además siempre deferencia por el Gobierno de un Estado miembro de una Liga de Naciones de la que los pueblos indígenas no podían en cambio formar parte. El desequilibrio exterior entre las posiciones respectivas de Estados y de Pueblos, desequilibrio al que las misiones internacionales estaban bien acostumbradas, se agravaba al proyectarse inconscientemente, salvándose las buenas intenciones, hacia el interior de Colonia.

Todo ello implicaba que las pretensiones del Gobierno colonial pesaban en la balanza tanto o más que los testimonios de las víctimas, los pueblos. Las perspectivas de las misiones internacionales resultaban de entrada radicalmente sesgadas e irremisiblemente lastradas. Ya no digamos entonces de sus conclusiones. Sin mayor dificultad y con notable habilidad, el Gobierno colonial se valía de los informes de las misiones, críticos y todo, para reforzar su posición frente a los pueblos indígenas y afrodescendientes. Como se le escapó a Fatuo Génova en algún momento de irritación ante las preguntas demasiado inquisitivas de una de entre tantas misiones internacionales, el Gobierno despreciaba a los indígenas como gente empecinada sin sentido de la ciudadanía: “*¡Nunca ceden en nada!*”, gritó refiriéndose a sus territorios y recursos. Se trataba de doblegarlos con la ayuda internacional, el aspecto más insidioso de la política de Génova asumida por Urgítler, por aquel político de nombre malsonante.

¿Qué ocurrió en fin con toda aquella historia de Colonia, de aquel Estado con nombre de pirata? Fue un caso de genocidio que siguió desenvolviéndose sin mayor problema incluso durante los tiempos cuando, desde mediados del siglo XX, ya vino a acuñarse la palabra, la de genocidio, para la tipificación de un delito de derecho internacional, el más grave de todos. Para el caso, nadie lo identificó como tal, salvo las víctimas, por supuesto. Con su prestidigitación proverbial, Colonia adoptó otro nombre como Estado, pero las cosas no cambian porque las palabras lo hagan. Así lo que pasa es que se olvidan. Fue el genocidio perfecto.

Genocidio en Colombia: alerta de la Corte Constitucional*

Ante la notoria negligencia prácticamente, a efectos tangibles, del resto del Estado, la Corte Constitucional de Colombia ha emprendido una empeñada labor de defensa de los pueblos indígenas ante la masiva vulneración de derechos humanos que está poniendo a decenas de ellos en riesgo de extinción cultural e incluso física. Son las propias organizaciones indígenas quienes están impulsando en dicha dirección a la Corte. La misma se muestra sensible y dispuesta, bien que dentro de unas coordenadas que no le permiten apreciar y garantizar los derechos de los pueblos para una situación que no sea la de riesgo extremo. Y la Corte no extrae todas las consecuencias de sus propias evidencias. En especial elude el derecho penal internacional hoy sustancialmente contenido en el Estatuto de la Corte Penal Internacional que Colombia tiene ratificado.

El compromiso de la Corte Constitucional con los pueblos indígenas en situación de emergencia procede de una sentencia que ni siquiera los consideraba como tales, sino como *minorías étnicas*, la sentencia de tutela 025 del año 2004 que se ocupaba de “*la vulneración múltiple, masiva y continua de derechos fundamentales*” por efecto de desplazamientos forzados de la población a causa del conflicto interno armado. La Corte declara la situación como constitutiva de un “*estado de cosas inconstitucional*” caracterizado por requerir la urgente intervención del Estado incluso exceptuando, en defensa de derechos, la constitucionalidad misma. La sentencia establece un plazo de seis meses para que el Gobierno haga revertir la situación, pero la misma Corte ha de proceder desde entonces y hasta hoy a la emisión de una serie nutrida de autos de seguimiento y ejecución que van descendiendo al diseño de políticas públicas en defensa de derechos sin acabar de conseguir que el resto de las instituciones las hagan eficientemente suyas. Esta actividad no en todo estrictamente jurisdiccional de la Corte Constitucional, ante todo, es testimonio de la inoperancia del Estado y en particular del Congreso y del Gobierno en la cobertura y satisfacción de obligaciones constitucionales e internacionales para con los derechos.

Para los pueblos indígenas, el auto principal es el 004 del año 2009, el cual ya se ocupa de *pueblos indígenas*, del “*riesgo de exterminio de pueblos indígenas por desplazamiento o muerte natural o violenta de sus integrantes*”, exterminio “*sea desde el punto de vista cultural en razón al desplazamiento y dispersión de sus miembros como*

* Publicado el 24 de julio de 2010.

desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes”. La expresión que la Corte elude ahora es la de *genocidio*, aunque a esto se está refiriendo, indudablemente, por sus descripciones. La información más solvente la recibe de la propia parte indígena, especialmente de la ONIC, la Organización Nacional Indígena de Colombia. Con esto, el auto puede reconocer la situación mejor que la sentencia. Identifica “*un complejo patrón bélico que, al haberse introducido por la fuerza de las armas dentro de los territorios ancestrales de algunos de los pueblos indígenas que habitan el país, se ha transformado en un peligro cierto e inminente para su existencia misma, para sus procesos individuales de consolidación étnica y cultural, y para el goce efectivo de los derechos fundamentales individuales y colectivos de sus miembros*”. He ahí todo un complejo designio que en definitiva resulta genocida, aunque la calificación no se aplique.

La Corte vuelve a poner, en vano de nuevo, un plazo de seis meses para que el Gobierno, en colaboración con las autoridades indígenas, elabore y ponga en práctica un Plan de Garantía de Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento y, para cada uno de estos pueblos singularmente, un Plan de Salvaguardia Étnica. El auto describe de forma muy vívida la serie de factores que están situando a pueblos enteros en situación de riesgo de su propia existencia cultural o física (actividad armada en tierras indígenas, ocupación de lugares y dependencias comunitarias, instalación de bases militares, minado del terreno, reclutamientos inclusive de menores, utilización de comunidades como escudos humanos, asesinatos selectivos, detenciones arbitrarias, amenazas y persecuciones, confinamientos y desabastecimientos, aislamiento de mercados, fumigaciones indiscriminadas, restricción de movimientos, atropello de autoridades indígenas, prostitución forzada, robos masivos, despojo territorial, éxodos incluso transfronterizos, invasión de monocultivos y de otras empresas ajenas, etc.).

El auto identifica el estado de riesgo y describe la situación de emergencia de treinta y cuatro pueblos en Colombia: Wiwa, Kankuamo, Arhuaco, Kogui, Wayúu, Embera-Katío, Embera-Dobidá, Embera-Chamí, Wounaan, Awá, Nasa, Pijao, Koreguaje, Kofán, Siona, Betoy, Siquani, Nukak-Makú, Guayabero, U’wa, Chimila, Yukpa, Kuna, Eperara-Siapidaara, Guambiano, Zenú, Yanacona, Kokonuko, Totoró, Huitoto, Inga, Kamentzá, Kichwa, Kuiva. La Corte no excluye que haya más pueblos en semejante situación. El auto da ejemplo con su consideración singularizada de cada caso a los efectos de requerir lo que llama *enfoque diferencial* no sólo para indígenas, sino también para los pueblos indígenas uno por uno. Lo da menos al no fundamentar tal enfoque en la condición de cada pueblo como sujeto de derechos. La Corte ignora la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Y ha evitado enfrentarse con la evidente inconstitucionalidad radical de la *Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*, de

1890, pero en buena parte aún vigente rigiendo de hecho el sistema de *resguardos* o reservas indígenas más que la Constitución misma.

La cuestión de la tierra se considera por la sentencia clave, subrayando que el régimen existente de reconocimiento de resguardos no asegura el mantenimiento de un derecho frente a dicha concurrencia de factores: “*La titulación formal de tierras y la constitución de resguardos en la práctica no garantizan la posesión material por las comunidades; de hecho sus territorios, sean o no parte de resguardos, son apropiados por grupos armados ilegales, delincuentes/narcotraficantes, colonos, y agentes movidos por intereses económicos*”. No se hace en cambio notar que tal régimen, con todas sus efectivas limitaciones, no procede realmente de la Constitución, sino de dicha ley paladinamente colonialista, por no decir racista, la *Ley por la cual se determina la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada*. La Corte no sustrae la evidencia de que el Ejército anda de por medio incurriendo en acciones lesivas para las comunidades, pero enseguida enfatiza por vía de presunción, sin requerir indagación, que en su caso se trata de responsabilidades de carácter personal y no institucional. Sólo más tarde, en la sentencia de tutela 769 del mismo año 2009, ordena la Corte “*al Ministro de Defensa Nacional que analice objetivamente y subsane las razones*” de la desconfianza indígena, no más. De responsabilidades no hay cuestión.

En el asunto de la tierra reincide otra resolución del mismo año 2009, el auto 008 sobre derechos que deben especialmente garantizarse, en el que la Corte requiere medidas de garantía del derecho de restitución sobre la base del título preexistente, lo cual, dada la insuficiencia del régimen de los resguardos, se queda bastante corta a los efectos de asegurar la recuperación de los territorios indígenas. Otro auto, el 005 del mismo año, ha sumado resueltamente a las comunidades afrodescendientes en el proceso de seguimiento de la ejecución de la sentencia 025 de 2004. Otros, desde el auto 092 del 2008, se han centrado en las mujeres con enfoque diferencial para las indígenas. Respecto al punto clave de los territorios indígenas, precisamente para esto, falla el llamado enfoque diferencial o, dicho mejor, el enfoque de los derechos de los pueblos indígenas en cuanto tales. Estos no constituyen definitivamente el fundamento constante de las posiciones de la Corte Constitucional al respecto.

La Corte Constitucional parece consciente de lo que afrontaría si se tomara en serio el derecho específico de los pueblos indígenas a la recuperación de territorios con el derecho de reparación necesariamente aparejado. Los hay que han sido invadidos por monocultivos, como el de la palma africana para agrocombustibles, de un impacto destructivo de la biodiversidad precedente. Otros han sido ocupados o están en trance de serlo por empresas extractivas, como las de hidrocarburos o las forestales con su efecto igualmente depredatorio, o por proyectos turísticos que sólo quieren a los indígenas como gentes sin tierras abocadas a ser mano de obra barata. A la hora de la verdad, la Corte se inclina por la compensa-

ción con nuevos asentamientos a cargo del Gobierno dejándole así a éste abierto el paso para la legalización de dichas evicciones ilegales donde las haya. Suele decirseles tramposamente ocupaciones legales por contraste interesado con el narcocultivo. En definitiva, con todo el compromiso de la Corte Constitucional a favor de los pueblos indígenas, hay soterrado un hilo conductor de connivencia, no necesariamente deliberada, con planes empresariales y gubernamentales.

Entre unos y otros, se está consiguiendo degradar el título indígena hasta el punto de plantearse ahora, en 2010, la revisión de “*los resguardos de origen colonial*”, todos ellos, por vía de simple decreto. De nada vale por lo visto que la Constitución los garantice contemplando su superación por *entidades territoriales* más consistentes que naturalmente se desvinculasen del nexo colonial. No es ésta la previsión del decreto, sino exactamente la contraria, la de reducción superior de los resguardos. Al mismo tiempo, una disposición de rango todavía inferior, ya tan ínfimo como el de una mera directiva, viene a facilitar que las empresas sorteen el requisito de consulta a los pueblos indígenas para el acceso a los recursos de sus territorios. Son las últimas disposiciones, no las únicas en la dirección de degradar el derecho indígena. De parte gubernamental hay toda una acción concertada para el desalojo o la invasión de las tierras indígenas intentando aprovechar a fondo la situación generada por el conflicto armado. Es lo que puede explicar que las fuerzas militares más poderosas de Latinoamérica, con el respaldo ahora cercano de bases estadounidenses, no venzan por medios legítimos a una guerrilla sin especial apoyo popular ni respeto alguno por derechos. No parece que lo intenten en serio.

Dentro de este contexto, no hay duda de que resulta de utilidad toda la labor de la Corte Constitucional para la defensa de personas, comunidades y pueblos indígenas en una situación como la de Colombia, pero conviene reparar también en sus límites y condicionamientos. La jurisprudencia constitucional ya había perfilado un escenario de autonomía de las comunidades indígenas bajo un principio incluso de maximización, pero esto en el contexto de tracto colonial, pues no constitucional, del régimen de los resguardos (sentencia de tutela 523 de 1997). La Constitución los acoge, pero con la perspectiva de su reconstitución en la forma de las *entidades territoriales* dichas, unas entidades no subordinadas a otras administraciones del mismo carácter territorial, como hoy lo están incluso a la municipal, y con capacidad consiguiente a un autogobierno que, en las circunstancias del conflicto armado interno, podría incluso haber alcanzado a una autodefensa eficaz. Son posibilidades constitucionales que la Corte Constitucional ha preferido eludir, como si los pueblos indígenas estuvieran destinados a estar supeditados a todas las administraciones no indígenas. En el escenario de los resguardos y con el mantenimiento del conflicto armado, el destino está a la vista. La Corte Constitucional, aun habiendo llegado al lenguaje de los derechos de los pueblos indígenas, entiende que *la población indígena*, como también todavía

identifica, ha de ser objeto de *protección* más que sujeto autónomo de libertades individuales y colectivas, colectivas e individuales.

Los casos constitucionales sobre derecho indígena reflejan ese entendimiento. Normalmente se plantean en enfrentamiento con la comunidad por individuos indígenas que recurren al derecho no indígena. La autoridad indígena deja de ser entonces juez para constituirse en parte, resultándolo a todos los efectos. La Corte Constitucional es monocultural sin conocimiento así propio del derecho indígena. Necesita entonces asesoría. Es la hora del peritaje antropológico, un peritaje que prestan igualmente no indígenas, como si las autoridades indígenas no tuvieran conocimiento propio ni voz propia. La jurisdicción constitucional opera mediante la ventriloquía de quienes hablan en nombre de indígenas como si estos no fueran gente humana y viva. En todo caso, parece evidente que los jueces constitucionales no consideran a los jueces indígenas como sus congéneres. Si el escenario de los resguardos de raíz colonial se hubiera superado tal y como la Constitución prevé, hubiera sido desde luego más difícil mantener esas prácticas de fondo radicalmente lesivo de la autonomía indígena. Por esta vía también se debilita a las comunidades y los pueblos. La Corte Constitucional no es ajena a este efecto.

El joven jurista Paulo Bacca en un trabajo incisivo ha llamado la atención sobre un momento de la Corte Constitucional que pone en evidencia su posición cultural de fondo. Se trata de la sentencia de tutela 1127 del año 2001, de cuando ya se había adoptado el principio de maximización de la autonomía indígena. Se refiere a un caso de reclamación de una madre frente a la intervención de la comunidad en la educación de su hijo. Importa menos ahora la resolución que la motivación. Se reconoce por supuesto el *derecho colectivo* indígena, pero entendiéndose que hay sentimientos de alcance universal, como el de la maternidad, y derechos en posición no menos netamente supracomunitaria que serían en exclusiva los de índole individual. Con esto, los derechos individuales y los derechos comunitarios no cabe que se complementen y articulen conforme a la visión y la experiencia indígenas, sino que irremisiblemente se contraponen, planteándose entonces la necesidad de una jerarquía con supeditación ineluctable de la comunidad. La Corte entiende que otra cosa supondría aceptar un colectivismo radicalmente atentatorio contra las libertades constitucionales. ¿No se abunda con todo esto en la discapacitación de la comunidad también frente a agresiones como la del conflicto armado? Nadie parece que sea inocente entre las instituciones constitucionales de Colombia.

Aun con todos los prejuicios que se comparten, hay diferencias y de lo más relevantes por supuesto, particularmente entre la Corte Constitucional de una parte y, de otra, el Congreso y el Gobierno, los cuales prefieren procedimientos alternativos al constitucional. Desde hace algo más de una década se viene desarrollando el finalmente llamado Sistema de Alerta Temprana ante situaciones

como las que contemplan las resoluciones referidas de la Corte Constitucional. Hoy, en sustancia, las oficinas territoriales de la Defensoría del Pueblo emiten Informes de Riesgo cuyo destino final se ubica en una comisión radicada en el Ministerio del Interior y de Justicia, el Comité Interinstitucional de Alertas Tempranas, que ha de sopesarlos y, en su caso, elevarlos a alarma pública para la prevención de asesinatos selectivos, desplazamientos comunitarios y demás. En la base, el trabajo se hace tanto como se deshace en la cúspide. El archivo usual de los Informes de Riesgo es la papelería del Ministerio. Las alertas tempranas al final no se emiten ni tardías. No es raro el caso de que la advertencia se confirme sin noticia pública de la alarma. He ahí el resultado de una verdadera aberración constitucional como la de ese determinado sometimiento de la Defensoría del Pueblo a un ministerio del Gobierno. También es una dependencia del mismo ministerio, el del Interior y de Justicia, la que ejerce el poder de reconocimiento de resguardos y además bastante arbitrariamente. Es todo un contexto por el que la labor de la Corte Constitucional cobra todavía, a efectos prácticos, mayor relevancia. Y en el que se incrementa la sospecha de responsabilidades políticas.

A efectos de prevención por parte de la Corte Constitucional, el problema no es el de que se eludan palabras como la de genocidio cuando se están contemplando precisamente sus supuestos, sino el de que con ello lo que realmente se elude es el derecho, el derecho penal internacional sobre todo. Así se contribuye a la impunidad de crímenes de lesa humanidad como lo son, según el Estatuto de la Corte Penal Internacional, el *exterminio* y la *deportación o traslado forzoso*. Quedan impunes en cuanto tales. Ante la inhibición de la jurisdicción interna, de toda ella, la vía de acceso a la Corte Penal Internacional se encuentra abierta. Mas según todos los visos, no hay disponibilidad del Gobierno colombiano para colaborar con la Fiscalía de la Corte Penal Internacional a fin de prevenir y sancionar los crímenes de lesa humanidad que están cometiéndose a ojos vista en Colombia. Tampoco la Corte Constitucional parece que esté dispuesta.

La prevaricación puede que esté a la orden del día. Consignemos además que el Código Penal de Colombia tipifica específicamente como delitos “*el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, narcotráfico, secuestro extorsivo, extorsión o para organizar, promover, armar o financiar grupos armados al margen de la ley*” y también la instigación al mismo efecto (arts. 340 y 348). ¿Y si el concierto o la instigación para el genocidio como se perpetran es dentro de la ley? Sólo la Corte Penal Internacional puede dar respuesta.

La Corte Constitucional es quien ha descrito el delito de genocidio con su elemento intencional inclusive, salvando tan sólo de responsabilidad, por presunción que no admite prueba en contrario, al Ejército y así también al Gobierno. Con este sesgo, no es la justicia colombiana la que puede hacerse cargo.

¿Conclusión? Una sencilla para que la alerta no siga siendo acallada y resultando como alarma inoperante. Sea tardía, pero no póstuma. El auto constitucional 004 de 2009 debe ponerse formalmente en manos de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. La Corte Constitucional ya debiera haberlo hecho.

Un último inciso. En Naciones Unidas hay instancias que han acusado la amenaza ya de *genocidio o etnocidio*, ya de *exterminio cultural o físico* de los pueblos indígenas en Colombia, apelando además al Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio y a la misma Fiscalía de la Corte Penal Internacional. Y desde Colombia se confirma que la amenaza está activada. ¿Qué más se necesita para tomarse cartas serias en el asunto? Visto lo visto, el Gobierno de Colombia no va a solicitarlo ni a cooperar. Seguirá cursando invitaciones para que se hagan informes sobre informes.

Nota

El trabajo de Paulo Bacca al que he hecho referencia se titula *Los derechos indígenas en la era del reconocimiento*. Es la memoria de maestría del autor en la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, presentada en 2010, por publicarse como merece. Por otra parte, las instancias de Naciones Unidas que han acusado la amenaza ya de *genocidio o etnocidio*, ya de *exterminio cultural o físico* son en realidad una sola manifestándose por partida doble, la de quienes se han sucedido como relatores especia-

les sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen y James Anaya. Ni el uno tomó ni el otro está tomando pasos ulteriores que se conozcan. Finalmente, respecto al problema de fondo de la pertinaz invisibilidad y consiguiente impunidad de las políticas genocidas contra pueblos indígenas por las Américas, puedo remitir a mi *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake and Remake Law with Words*, Milán, Giuffrè Editore, 2008 (edición en español pendiente).

Perú: Tribunal Constitucional, Congreso de la República, fraude de tratado*

En Perú cabe la posibilidad de un control constitucional de los tratados internacionales tras su entrada en vigor, bien que durante un breve plazo de seis meses (Código Procesal Constitucional, art. 100), frente a la previsión del derecho internacional de vinculación al tratado por encima del derecho interno, incluso del constitucional (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, art. 27). Con buen criterio, el Tribunal Constitucional considera que declarar la inconstitucionalidad de un tratado en vigor puede suponer “*el vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de los principios de **pacta sunt servanda** (los pactos son ley entre las partes), y de su cumplimiento de acuerdo al principio de buena fe*”. Por tanto, resuelve el Tribunal, una ley de aprobación de un tratado no tiene valor normativo propio, pues éste corresponde al tratado y tan sólo al tratado. ¿Y una ley que reglamente un tratado como, pongamos por caso, la Ley de Consulta reglamentaria del Convenio 169, el tratado sobre Pueblos Indígenas? Aplíquese el cuento, quiero decir, que se aplique el derecho internacional y la consiguiente jurisprudencia constitucional, no la que se desvía.

La sentencia de referencia del Tribunal Constitucional versa acerca de la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad, que fuera ratificado en 2003 mediante Resolución Legislativa. En 2009, el Colegio de Abogados del Callao interpuso una demanda de inconstitucionalidad frente, no a la Convención pues había vencido el plazo, sino a la ley de aprobación, pues para esto se cuenta con el término de seis años (CPC, art. 100 citado). El Tribunal Constitucional acusa un cierto *fraude de ley* o la intención de cometerlo en tal ataque a un tratado mediante la impugnación de una ley. Es entonces cuando categóricamente afirma el valor normativo del tratado y la irrelevancia normativa de la resolución legislativa que lo aprueba. Lo que vale es el Tratado, no la Ley. De aquí la resolución declarando improcedente la demanda de inconstitucionalidad, que se entiende realmente dirigida contra la Convención, “*por haber operado la prescripción de la pretensión*”.

La resolución del Tribunal Constitucional, justa en el fondo de impedir el cuestionamiento de un tratado por vía de control no previo de constitucionalidad, parece que en la forma se precipita. ¿Cómo se resuelve la determinación del valor normativo de un tratado tan sólo en definitiva por una cuestión de trámite establecido además

* Publicado el 25 de agosto de 2010.

por una mera ley como lo sea el Código Procesal Constitucional? ¿Es que al final el valor mismo del tratado puede quedar a disposición de una norma ordinaria de derecho interno? ¿Hubiera cabido la apreciación de la inconstitucionalidad si la demanda se hubiera interpuesto en el año 2003?

Adviértase que la Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad puede chocar de frente con esta disposición de la Constitución del Perú aparentemente proscriptiva de la imprescriptibilidad sin más: “*La amnistía, el indulto, el sobreseimiento definitivo y la prescripción producen los efectos de cosa juzgada*” (art. 139.13). De hecho, el Colegio de Abogados del Callao no impugnaba tanto la Convención como la forma de ratificársele sin reforma de la Constitución, esto tal y como esta misma exige en el caso (art. 57: “... *Cuando el tratado afecte disposiciones constitucionales debe ser aprobado por el mismo procedimiento que rige la reforma de la Constitución...*”). La cuestión ya no es tan sencilla. El Tribunal Constitucional tendría que haberse planteado problemas más de fondo, como el de la inconstitucionalidad sobrevenida de la proscrición constitucional de la imprescriptibilidad penal y el de la inconstitucionalidad originaria del control no previo de la constitucionalidad de los tratados, esto conforme al derecho internacional y al valor mismo de dichos instrumentos para la Constitución,

El Tribunal Constitucional está rehuyendo cuestiones neurálgicas para asuntos urgentes sobre el tapete. El principal ahora mismo es el del valor normativo del referido Convenio 169 por estar pendiente en el Congreso de una ley, la Ley de Consulta, que se permite determinar su alcance de forma además que contraviene sus previsiones. El mismo Tribunal Constitucional ya se viene ocupando del asunto en una línea depreciativa de este concreto tratado. En dichos extemporáneos de una sentencia reciente desampara a la parte indígena que reclama derechos en virtud del Convenio 169 mientras que ampara el incumplimiento sistemático del mismo por exigencias del interés nacional y la buena fe empresarial que entiende superiores, unos valores que presume y hace valer a costa de los derechos de los pueblos indígenas contemplados por un tratado internacional ratificado por Perú.

¿Dónde queda la doctrina del valor normativo eminente del Tratado sobre la Ley? ¿No está el mismo Tribunal Constitucional no sólo permitiendo y propiciando, sino incluso produciendo y consumando *el vaciamiento del contenido axiológico y jurídico de los principios de **pacta sunt servanda** y del cumplimiento de los tratados de acuerdo al principio de buena fe*? Se entiende que el Tribunal Constitucional eluda la cuestión sustantiva del valor normativo de los tratados para resolver el asunto de la imprescriptibilidad de los delitos de derecho internacional por un motivo de forma de dudosa validez. Se comprende plenamente, pero no se justifica en absoluto.

En definitiva, respecto al tratado ahora en cuestión, el Tribunal Constitucional está mandándole un mensaje al Congreso y a la Presidencia de la República:

Acordad y promulgad la ley que se os antoje sobre el Convenio 169 pues, por mucho que lo contravenga, no voy a apreciar inconstitucionalidad alguna. No voy a plantearme ningún Fraude de Tratado porque, yo mismo, el Tribunal Constitucional, ya lo estoy cometiendo. No es muy distinto el mensaje de la Defensoría del Pueblo con su defensa pública de una Ley de Consulta contraventora del Convenio.

Una vez más se cumple una regla de oro. La mejor defensa de unos derechos es la que proviene de sus titulares y se controla por los mismos, los pueblos indígenas en el caso.

Pueblos Indígenas y responsabilidad corporativa*

“El deber de diligencia debida [de las empresas] no se limita al respeto al marco regulatorio interno de los Estados en los que operan, en muchos casos insuficiente, y debe guiarse por los estándares internacionales que vinculan a dichos Estados y a la comunidad internacional en su conjunto. En consecuencia, las empresas que aspiren a operar dentro de un marco de diligencia debida en relación con los derechos indígenas deberían enmarcar sus actividades en los derechos reconocidos por las normas internacionales relevantes, incluyendo la Declaración de Naciones Unidas y el Convenio 169 de la OIT, incluso si operan en países que no han aceptado formalmente o ratificado dichas normas (...). Las empresas no deberían proceder a la aceptación de ninguna concesión y a la realización de ningún proyecto en caso de que el Estado no haya llevado consultas previas y adecuadas con las comunidades indígenas afectadas, y las empresas, dentro de su diligencia debida, no pueden simplemente asumir que estas consultas han tenido lugar con carácter previo al otorgamiento de una concesión. Del mismo modo, las empresas no deben realizar consultas que aspiren a suplantar, o de hecho, suplanten, el deber que corresponde a los Estados de consultar a los pueblos indígenas en relación con las actividades que les afecten. En consecuencia, las empresas, si actúan dentro de un marco de diligencia de respeto a las normas básicas de derechos humanos, deberían abstenerse de operar en aquellos países en los que la consulta a los pueblos indígenas no está debidamente asegurada”.

El Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, ha presentado este año ante el Consejo de Derechos Humanos un informe sobre *La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos de los pueblos indígenas* con el enfoque debido de derechos y de tales derechos de pueblos. Esto significa ante todo que no se adopta el planteamiento del *Global Compact* o Pacto Mundial de Naciones Unidas, el cual se dirige a comprometer a las empresas con los derechos humanos mediante formas sustancialmente voluntarias de autorregulación. El informe rinde homenaje a este llamado Pacto presentándolo como “*la iniciativa internacional más importante hasta la fecha para asegurar la asunción por parte de las empresas de su responsabilidad social*”, pero, a la hora de la verdad, el planteamiento asumido es el del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comercia-

* Publicado el 23 de septiembre de 2010.

les, John Ruggie, más inclinado, aunque sólo sea relativamente, al requerimiento de una vinculación general –no solamente de los Estados– a los derechos humanos. A algunos efectos, siguiendo sus pasos, Anaya llega a calificar el enfoque de Ruggie como una auténtica renovación: “*Como ha señalado el Representante Especial del Secretario General sobre las empresas multinacionales, es necesario cambiar el paradigma que tradicionalmente ha orientado los estudios de impacto para incorporar plenamente un enfoque basado en los derechos humanos*”.

En ese contexto, se producen las importantes afirmaciones categóricas ya citadas sobre la obligación de los Estados respecto a la consulta con los pueblos indígenas y la correspondiente responsabilidad de las empresas de no operar allí donde los Estados no garantizan el debido procedimiento al efecto y de hacerlo conforme al mismo requerimiento de interlocución con tales pueblos, los indígenas. El enfoque inspirador del Informe Anaya sobre Responsabilidad Corporativa es, en efecto, el de los derechos humanos en general y el de los derechos de los pueblos indígenas en particular. Los epígrafes de su índice resultan bien expresivos: “*A. La responsabilidad de las empresas en relación con los derechos humanos; B. Los estándares internacionales relativos a la responsabilidad de las empresas de respetar los derechos de los pueblos indígenas; C. La diligencia debida de las empresas en relación con el deber de respetar los derechos de los pueblos indígenas*”. Los estándares internacionales, los que han de obligar a las empresas transnacionales, vienen en principio justamente identificados por el Informe Anaya con la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Bien está, pero formulémonos preguntas. ¿Qué efecto alcanza el incumplimiento del deber de consultar, esto es el atropello del derecho indígena a la consulta? ¿Han de considerarse nulas las concesiones empresariales inconsultas y dar lugar a reposición, devolución y resarcimiento, todo ello y lo último no sólo de los efectos del impacto, sino de todos los daños y perjuicios, absolutamente de todos, de los directos como de los indirectos, provocados a pueblos, comunidades y personas indígenas? ¿Ha de mantenerse la regla de consulta, con tales consecuencias de no satisfacerse, a todo lo largo y lo ancho de la actividad empresarial que afecte a indígenas? Parecen preguntas incómodas pues, con toda su transcendencia práctica, o no se afrontan o no encuentra respuestas que sigan siendo claras, nítidas y categóricas respecto a las actuaciones inconsultas y no sólo a algunas de sus derivaciones. Se parte incluso de una presunción controvertible o al menos no debidamente contrastada: “*La mayoría de los pueblos y comunidades indígenas no se oponen de por sí a las actividades de las empresas y al potencial beneficio de dichas actividades para su propio desarrollo económico y social. De hecho, la experiencia comparada demuestra que la actividad empresarial puede convertirse en un factor clave para el desarrollo de los pueblos indígenas en la medida en que los propios pueblos indígenas pueden controlar dicha actividad en ejercicio de sus derechos de autonomía o de autogobierno*”. El problema

reside en si *la mayoría* de los casos, como se afirma, conoce realmente las condiciones para el control y el beneficio indígenas.

El Informe Anaya considera que la práctica de la autorregulación que promueve el Pacto Mundial y que practican, por ejemplo, el Banco Mundial y su Corporación Financiera Internacional, así como otras iniciativas corporativas de responsabilidad social, representan *avances* en la buena dirección de la vinculación empresarial a los derechos humanos en general y a los derechos de los pueblos indígenas en particular. Hasta “*el Consejo Internacional de Minería y Metales, una institución que reúne a las empresas líderes del sector a nivel mundial, ha adoptado un documento de posición sobre los pueblos indígenas y los proyectos mineros*” que figura en este apartado de buenas prácticas del Informe Anaya. Invito al contraste de los comportamientos empresariales con sus fuentes documentales (<http://www.icmm.com/document/293> para el caso minero). ¿Tiene sentido avalar documentos ya de por sí sesgados y además por lo general inoperantes, nada representativos de prácticas empresariales? Las propias posiciones de Naciones Unidas, tanto las del Pacto Mundial como las del Representante Especial en concreto, suelen adolecer de la misma deficiencia. Se prestan a encubrir más que a desvelar. Y no se muestran capaces de comprometer.

“Corresponde al Estado la obligación de llevar a cabo consultas en las primeras fases del proyecto, idealmente durante la fase de inventariado, y en todo caso, antes de la licitación pública y otorgamiento de la concesión (...). Como proceso de diálogo o negociación, la consulta, dependiendo de las circunstancias específicas de las que se trate, no debe entenderse como un acto singular (...). En la medida en que dichas decisiones involucren a organismos del Estado y supongan algún tipo de modificación a los planes iniciales que fueron objeto de consulta con los pueblos indígenas afectados, el Estado tiene la obligación de volver a informar y consultar a dichos pueblos (...). Las empresas tienen también la responsabilidad de respetar el derecho de los pueblos indígenas a participar en la toma de decisiones en relación con dichas medidas, incluyendo a través de la realización de consultas informadas con dichos pueblos. Estas consultas son especialmente exigibles en conexión con la realización de estudios de impacto y la adopción de medidas de compensación y reparto de los beneficios derivados del proyecto. En la medida en que atañe a una responsabilidad principal del Estado, la realización de consultas por partes de las empresas debería contar con la supervisión del Estado”. Vuelvo a la pregunta, ¿qué ocurre, cuáles han de ser las consecuencias, si tal sucesión de consultas no se efectúa o si su resultado no se respeta? No hay respuesta. El incentivo que se les da al Estado y a las empresas para consultar es el de prevenir el conflicto, no el de evitar las responsabilidades que se contraerían. En cuanto al derecho indígena, el lenguaje del informe es el de *consulta*, no el de *consentimiento*, término éste que se emplea más escasamente y con suma cautela pese a fundamentársele en título de dominio consuetudinario propio. A la hora de la verdad, sólo tiene aplicación “*en ocasiones*” no especificadas por este informe

pese a la importancia del extremo. En observaciones anteriores, a las que se remite, tales *ocasiones* se entienden excepcionales.

Respecto a los referidos *estudios de impacto* y *medidas de compensación* ni siquiera se mantiene claramente el requerimiento de la consulta: “*Cuando no es posible evitar impactos adversos por razones sustantivas, los pueblos indígenas deben ser compensados a través de una ‘reparación justa y equitativa’ por cualquier daño derivado de las actividades empresariales, tal como se establece claramente en los instrumentos internacionales*”. ¿No debe consultárseles previamente tanto para la aceptación del impacto como para el acuerdo de la compensación? No se trata de una cuestión que pueda sobrentenderse, pues lo que está insinuándose es que, llegado un momento del desarrollo de la empresa, los pueblos indígenas tienen que aguantar el impacto *por razones sustantivas* y resignarse a la *reparación justa y equitativa*, no se sabe tampoco a criterio de quién lo uno como lo otro. ¿Tal es el valor que al final se le concede al consentimiento indígena o a su falta? ¿Ya no caben a estas alturas ni siquiera *ocasiones* en las que, por muchas *razones sustantivas* que se aleguen por parte empresarial, se requiera realmente el consentimiento indígena?

Queda el asunto de la participación en los beneficios, para el que tampoco prevalecen la consulta y el consentimiento indígenas: “*La diligencia con la que deben actuar las empresas en relación con los derechos indígenas puede implicar el establecimiento de mecanismos específicos de reparto de los beneficios guiados por el espíritu de las normas internacionales (). Un enfoque empresarial basado en el respeto a los derechos indígenas exige que el reparto en los beneficios sea percibido precisamente como una forma de cumplimiento de un derecho, y no como una concesión graciable o caritativa que busque lograr el apoyo social del proyecto o minimizar posibles conflictos*”. Claro está, pero, en cuanto que derecho por la concesión de territorio y recurso a la que realmente procede, no el Estado, sino el pueblo indígena, no se entiende por qué la participación debe quedar a las resultas del *espíritu de normas* ajenas y no del propio consentimiento indígena siempre mediante la consulta.

Parece haber, en fin, sucesión de continuidad de un sesgo empresarial entre el planteamiento de voluntariedad en la vinculación corporativa a los derechos humanos del Pacto Mundial de las Naciones Unidas y el de obligatoriedad defendido por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas pasándose a través de la mediación decisiva del Representante Especial del Secretario General de las Naciones Unidas sobre los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas comerciales. A la hora de la verdad, la quiebra de la obligatoriedad sale tan barata que su requerimiento resulta un barroco y opaco ropaje de la regla de la voluntariedad, la una como la otra, la obligatoriedad como la voluntariedad, operando a costa de los derechos de los pueblos indígenas reconocidos por la propia Naciones Unidas.

Pueblos indígenas y formas contemporáneas de esclavitud*

El derecho internacional de los derechos humanos no ha sido muy diligente en la lucha contra formas de servidumbre equivalentes a la esclavitud. La Declaración Universal de los Derechos Humanos prohíbe ésta desde luego, pero, pero por presión de las potencias entonces abiertamente coloniales, como Gran Bretaña, Francia y Bélgica, evitó la condena del trabajo forzoso en formas no abiertamente esclavistas. Desde temprano hay instrumentos internacionales abolicionarios de la esclavitud y de “*las instituciones y prácticas análogas*”, pero no acaban de cubrir todos los supuestos dados. El asunto ha quedado más bien en manos de la Organización Internacional del Trabajo y de sus instrumentos contra el trabajo forzoso, lo que ha limitado la perspectiva a un escenario donde el principal objetivo es el de la liberación del trabajo individual con la perspectiva de que pase a depender del mercado bajo amparo sindical además del estatal. En esta posición se sitúa la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias, Gulnara Shahinian.

Para el desempeño de su cometido, la relatora Shahinian adopta el sentido más amplio como concepto de partida para la esclavitud, comprendiendo formas *análogas* de servidumbre: el de la condición de “*una persona*” que por encontrarse “*sometida a la violencia o a la amenaza de la violencia se ve obligada a renunciar a su capacidad de vender libremente su propia fuerza de trabajo*”. ¿Pueden así identificarse las condiciones y concebirse los medios para superar las formas concretas de servidumbre que todavía no es raro que aquejen característicamente a personas, comunidades y pueblos indígenas? Pensemos, por ejemplo, en comunidades que se encuentran dentro de haciendas porque el Estado ha reconocido como propiedad el despojo de sus territorios o porque no hay Estado que restablezca el derecho, y cuyos miembros, los de tales comunidades indígenas, hombres y mujeres, niñas y niños, se ven obligados a trabajar en labores y prestaciones ya agrarias, ya artesanales, ya también domésticas, inclusive las sexuales, mal retribuidas todas ellas o ni siquiera remuneradas más allá de la precaria habitación y la magra manutención. ¿Para qué puede servir en el caso aquel concepto de servidumbre que, como forma de abolición, mira a la puesta en libertad de la persona en el mercado para que se vea obligada a ejercerla enajenando su capacidad de trabajo?

* Publicado el 27 de septiembre de 2010.

Es la situación testimoniada por la Misión del Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas en su visita al Chaco paraguayo y boliviano entre abril y mayo de 2009, misión en la que participaron otros organismos de Naciones Unidas, como principalmente, con experiencia sobre el terreno, la Organización Internacional del Trabajo. Quienes participamos del Foro Permanente hubimos de mantener un pulso para que el reto de superar el estado de servidumbre de enteras comunidades en sus propias tierras no se redujera al de liberación de una fuerza de trabajo respecto al vínculo servil, sino que se amplificara a sus verdaderas dimensiones de derecho a la recuperación del territorio y reconstitución del pueblo, del pueblo indígena que en el caso es el guaraní. Sólo esto puede emancipar por completo de la servidumbre. Otra cosa sería avalar definitivamente el despojo y la dependencia. La perspectiva digamos que clásicamente *oiteña* o laboralista es a este otro resultado al que conduce. ¿Qué emancipación representa para las gentes indígenas sujetas a servidumbre en sus propios territorios su lanzamiento al mundo del trabajo por cuenta ajena? Pues tal es la perspectiva que se les ofrece por la concepción susodicha de la servidumbre a ser abolida. El concepto determina la política.

Como está dicho, es la perspectiva resueltamente adoptada por la Relatora Especial sobre las formas contemporáneas de la esclavitud, incluidas sus causas y consecuencias. Por su efecto resulta que no sólo se descuidan cuestiones esenciales para la abolición definitiva de la servidumbre, sino que incluso se limita el campo de visión, eliminándose supuestos tan importantes y perentorios como el referido de comunidades cautivas. La relatora Shahinian identifica, en cambio, como supuestos principales a tomar en cuenta el trabajo forzoso, el trabajo infantil y el trabajo doméstico, los tres bajo la perspectiva de un mundo de Estado, mercado e individuo, sin comunidades ni pueblos cuya existencia y cuya posición fueran relevantes para dicha misma problemática de vinculación al trabajo, explotación de la niñez y domesticación de la servidumbre. Ocupándose en concreto del trabajo infantil, la Relatora Especial ha rendido una de sus primeras visitas oficiales al Ecuador sin revisar ninguno de sus planteamientos ante evidencias de que el caso indígena encaja mal en una visión que prescinde de comunidades y pueblos. El Comité de los Derechos del Niño ha publicado unas Observaciones Generales tomando en cuenta la incidencia a su propósito de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, pero, tratando de trabajo infantil, la relatora Shahinian no presta atención ni al Comité ni a la Declaración.

La misma Organización Internacional del Trabajo en la región, quiero decir en América Latina, viene últimamente cuestionándose su propio acercamiento al trabajo infantil por referirse tan sólo a obligaciones del Estado y no, en su caso, a derechos de las comunidades y de los pueblos, los cuales no deben, desde luego, ignorarse cuando se está queriendo definir políticas respecto a infancia y adolescencia indígenas. La relatora Shahinian los ignora cuando trata del trabajo infantil

tanto en general como en el Ecuador. Ocurre entonces que se hacen proposiciones distorsionadoras y poco operativas para la liberación de niños, niñas y adolescentes de la lacra de una servidumbre que no solamente se manifiesta a través del trabajo forzoso y ocurre igualmente que de paso se vulneran derechos indígenas reconocidos por las propias Naciones Unidas. No ha de decirse, pues ya se habrá entendido, que la relatora tampoco presta en sus informes atención alguna a la servidumbre colectiva de comunidades indígenas que es caldo de cultivo del trabajo infantil y del trabajo doméstico redomadamente serviles. No ha de repetirse que tan grave situación ni siquiera entra en su campo de visión. La Relatora no cuenta con el instrumental ni con la experiencia para abordarlo de forma que no reduzca la superación del caso a un imperativo de emancipación individual sin el requisito de la reparación de la comunidad y la reconstitución del pueblo en su territorio propio debidamente recuperado.

En la sesión del Consejo de Derechos Humanos que está celebrándose durante esta segunda mitad de septiembre, la Relatora Shahinian presenta un informe sobre el trabajo doméstico servil en el que formula una pregunta de lo más pertinente: “*El marco internacional, ¿sigue desatendiendo la esfera ‘privada’?*”, con una entrada de lo más acertada: “*La normativa internacional de derechos humanos proscribe claramente todas las formas de servidumbre doméstica y esclavitud doméstica. Sin embargo, los instrumentos internacionales disponibles no abordan las particularidades de la servidumbre doméstica, lo cual socava la aplicación de esta prohibición general*”; mas el caso es que inmediatamente se recluye en el “*derecho laboral internacional*” en términos prácticos de relaciones individuales de trabajo. Si hay trabajo doméstico servil de alcance colectivo en *la esfera privada* de la gran o no tan grande propiedad más allá del círculo estrictamente familiar, si existe esta situación más difícil de abordar porque requiere no sólo liberación de personas, sino también emancipación y reparación o dotación de comunidades, este informe ni siquiera identifica el supuesto de hecho. Repasa las aportaciones al respecto de los organismos de derechos humanos de Naciones Unidas, pero ignora la del Foro Permanente o cualquier otra sobre servidumbre colectiva. En ningún momento se muestra consciente de la limitación de su planteamiento aunque achaca el defecto, con razón, a la generalidad del sistema: “*La labor de los expertos y a nivel internacional no ha propiciado más que un reconocimiento limitado de los problemas*” relativos al trabajo doméstico servil.

La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Navi Pillay (Alto Comisionado si nos referimos al oficio; en todo caso, ACNUDH), ha presentado en esta misma última sesión del Consejo de Derechos Humanos un informe sobre las actividades referentes a los derechos de los pueblos indígenas y otro sobre lo propio respecto a los derechos de las personas pertenecientes a minorías étnicas o nacionales, religiosas y lingüísticas. Resulta llamativo que la referencia al último informe de la relatora Shahinian sobre trabajo servil,

con constancia de lo que afecta a indígenas, se contenga en el segundo y no en el primero, por lo cual se pierde toda posibilidad de señalar que, para el caso indígena, debe obligadamente atenderse la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. ¿Sigue permitiéndose la reducción de los pueblos indígenas a minorías étnicas sin derechos de la colectividad? Por lo demás, los informes Pillay no acusan limitación alguna relevante en los informes Shahinian, ni en términos generales ni respecto a indígenas. Y eso que ponen justamente insistencia en la necesidad de interacción entre organismos y procedimientos de derechos humanos. Si la ACNUDH rinde informes, habría de ser para recapacitar sobre la labor de todos ellos en términos más exigentes o menos complacientes de lo que lo hace.

Extremadamente complaciente y nada exigente es la conclusión del Informe Pillay sobre derechos de los pueblos indígenas: *“El ACNUDH y otros mecanismos de derechos humanos han llevado a cabo una amplia gama de actividades para ayudar a los Estados miembros, los pueblos indígenas y otras partes interesadas a integrar los principios de la Declaración en las leyes, las políticas y las prácticas”*. No es lo que resulta en absoluto ni siquiera a la luz de la misma documentación presentada ante el Consejo de Derechos Humanos, ya no digamos sobre el terreno. No lo es ni siquiera para la cuestión más sensible y perentoria de la servidumbre característicamente indígena, pues es fenómeno que se sigue invisibilizando.

Al contrario que el Foro Permanente para las cuestiones indígenas, el Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas y el Mecanismo de Expertos sobre derechos de los pueblos indígenas pertenecen al ámbito del ACNUDH. Tal vez debieran ser los primeros en despejar confusiones y vigilar planteamientos respecto a derechos indígenas entre las numerosas instancias del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos. La coherencia y la exigencia no debieran darse por supuestas en casa.

Terra Nullius y propiedad indígena (caso Xákmok Kásek)*

Desde que, hace cerca de seis décadas, las Naciones Unidas adoptaran la política de descolonización y algún tiempo después, con retardada consecuencia, la Corte Internacional de Justicia proscribiese la doctrina de *terra nullius* o tierra de nadie conforme a lo cual territorios enteros con población propia se consideraban por el derecho internacional bienes mostrencos a disposición del colonizador de turno, muchas situaciones han debido revertirse a fin de que los pueblos indígenas recuperen dominio de territorio y control de tierras. Desde las postrimerías del siglo XIX, la República del Paraguay había venido enajenando la mayor parte del Chaco a empresas e iglesias como si fuera *terra nullius*, como si ahí no hubiera pueblos indígenas, pueblos con título a la reconstitución del territorio y a la recuperación de tierras. ¿Qué maldición se cierne sobre Abya Yala para que situaciones como ésta no haya modo de que puedan revertirse? Con todo su respaldo actualmente a derechos de los pueblos indígenas, ni el Sistema Interamericano de Derechos Humanos se lo plantea. Toma el expolio lo mismo que los Estados, esto es, como un hecho prácticamente consumado.

La Corte Interamericana ha sentenciado su tercer caso sobre una comunidad del pueblo enxet, el de la comunidad Xákmok Kásek vs. Paraguay, que se suma así a los de la comunidad Sawhoyamaxa vs. Paraguay y de la comunidad Yakye Axa vs. Paraguay. Hay algo de clónico en esta secuencia de casos ya sentenciados. El problema es el mismo; la resolución, la misma; las condiciones, poco menos que idénticas, pues Paraguay no cumple con el cambio de leyes y de políticas al que le está instando esta sucesión de sentencias. Repite las mismas excusas e incluso demuestra la misma mala fe, pese a que un cambio político se ha producido con anuncio de posiciones más receptivas y hasta ahora así defraudadas. La Corte Interamericana vuelve a fallar a favor de la recuperación por la comunidad del territorio que reclama. La novedad es que a la tercera, en esta ocasión, Paraguay se allana o tal cosa declara, pero repitiendo argumentos que, a su entender, impiden el cumplimiento cabal del fallo. Por su parte, la Corte ofrece posibilidades para que la restitución estricta no se produzca. Y de ninguna parte, tampoco por la representación procesal de la comunidad, se plantea el origen del caso en la disposición indebida del territorio indígena como si fuera *terra nullius* dañando así seriamente el título tanto de la jurisdicción del Estado como de la propiedad

* Publicado el primero de octubre de 2010.

privada, no indígenas ni la una ni la otra. Para todos, inclusive la Corte, el que ha de ceder, reducirse y acomodarse es el título indígena.

La comunidad Xákmok Kásek presenta hoy una composición indígena plural, no sólo enxet, lo que dio pie al primer despliegue de mala fe por el Estado, pues pretendió sin éxito que el caso se sobreyera por deficiencia en la identificación de la parte reclamante. La Corte justamente le recuerda a Paraguay que no tiene como Estado potestad para identificar colectivos indígenas, pues la identificación, le recalca, es asunto precisamente de “autonomía” indígena. En el camino de la mala fe, el siguiente paso fue el del ofrecimiento igualmente en vano de una “solución amistosa” que excluía ya de entrada la restitución de la tierra reclamada. Enseguida alega Paraguay “*circunstancias de hecho que no le son imputables*”, según pretende, para no satisfacer una reclamación a la que dice allanarse. Tales *circunstancias* existen, sólo que le son completamente imputables. El derecho interno que obstaculiza al máximo la restitución de tierras indígenas y cuyo cambio vienen requiriendo las sentencias de la Corte Interamericana ni se ha modificado ni hay trazas de que vaya a modificarse. Paraguay lo sigue alegando como si le exculpase. Hay un argumento que incluso se cree o al menos se presenta como irrefutable e intangible, el de la existencia de propiedad privada.

“*Los propietarios de la tierra alegada como ancestral por la Comunidad poseen títulos de propiedad debidamente inscriptos*”, por lo que, alega Paraguay, el Estado “*se encuentra entre dos derechos humanos tutelados*”. Con esto se está haciendo referencia a la propiedad que procede de la enajenación del territorio por parte de Paraguay sin notificación siquiera a los afectados, tal y como si fuera *terra nullius*. Cuando la reclamación del caso Xákmok Kásek se formalizara internamente hace unos veinte años, la propiedad registrada de la tierra reivindicada, la propiedad reconocida por el Estado a partir de aquel expolio, estaba enteramente en manos de Eaton y Compañía Sociedad Anónima, asociación de la familia hoy encabezada por Roberto Carlos Eaton Kent, boyante empresario agrario, exquisito coleccionista filatélico y entusiasta impulsor de la celebración del Bicentenario de Paraguay como Estado, un hombre también previsor donde los haya como se demostraría enseguida. Tras ver que podía cuestionarse su derecho sobre la tierra, enajenó una parte a una cooperativa menonita, el Chortitzer Komitee, gente con capacidad acreditada para marginar y someter a las comunidades indígenas del Chaco.

Hizo más el señor Eaton. Adoptó políticas característicamente menonitas de concentración de población indígena con prohibición de que recorriera el territorio ni siquiera para alimentarse a fin todo ello de hacerla enteramente dependiente y de provocar la emigración de quienes no se resignasen a trabajar por cuenta ajena. De hecho, la comunidad Xákmok Kásek está hoy refugiada entre otras comunidades indígenas. Recurrió Eaton también al Estado. Consiguió que una parte de sus tierras cuestionadas fuera declarada Área Silvestre Protegida bajo dominio privado. La correspondiente ley ya se ocupa de declarar inexpropiables

tales tierras, blindando así en el caso la propiedad, y de prohibir actividades de aprovechamiento afectando a las comunidades indígenas. Dicha declaración también supone la introducción de guardabosques armados a cargo del Estado con poderes de policía. Y hubo todavía más, hasta un episodio grotesco de intento por el Gobierno de designar como mediador para la *solución amistosa* ... a Roberto Carlos Eaton. Tales son las malas artes que siguen contando con el respaldo incondicional del Estado mediante la pretensión de que estamos ante *propiedad privada* constituyente de *derecho humano*.

No se deja atrapar por estos argumentos la Corte Interamericana. Bien al contrario, su sentencia se extiende a ordenar el desmontaje de la protección de la propiedad a través de la declaración de zonas protegidas. Hay más leyes sometidas a juicio y condenadas como reincidentes por la Corte. El Estatuto de las comunidades indígenas contempla el derecho de reclamación de tierras por comunidades indígenas, pero pudiendo satisfacerse tan sólo mediante procedimiento formal de expropiación sin posibilidad de cuestionar el título o por medio de compra por el Estado con superior retribución para el titular registrado. El posterior Estatuto Agrario dificulta más las cosas, pues no admite expropiación si los predios “*están racionalmente utilizados*”. Ante la Corte Interamericana, Paraguay insiste en que los titulares de las tierras reclamadas en el caso las explotan *racionalmente*, por lo que no cabe expropiación según el derecho paraguayo. Es su forma de inclinar a favor de la propiedad la balanza entre aquellos dos presuntos *derechos humanos*, cediendo el derecho indígena. La Corte no sólo rechaza tan bizarra argumentación, sino que insta a la modificación de tales leyes para hacer factible la expropiación. Paraguay todavía arguye que la misma requiere constitucionalmente acuerdo del Congreso y que éste no suele admitirla, como si esto pudiera servir de justificante en lo que respecta a responsabilidades del Estado todo.

Como está dicho, la Corte falla nuevamente a favor de la comunidad, reconociendo su derecho a la tierra reclamada y exactamente a ella: “*La Corte considera que la devolución de las tierras tradicionales a los miembros de la Comunidad Xákmok Kásek es la medida de reparación que más se acerca a la ‘restitutio in integrum’, por lo que dispone que el Estado debe adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la Comunidad el derecho de propiedad sobre sus tierras tradicionales y, por lo tanto, su uso y goce*”. Hay un par de cuestiones de la máxima importancia acto seguido. ¿Cómo se hace el Estado con la tierra que ha de restituir en satisfacción de la reclamación indígena? ¿Debe producirse en todo caso la restitución, esa restitución que más se acerca según la Corte a una *restitutio in integrum*, a una restitución integral dicho en lengua siempre europea? Comencemos por esta segunda pregunta pues recibe una respuesta explícita.

Es de signo negativo nuevamente, como en los casos anteriores, por lo que el derecho de propiedad privada, ese derecho que en el caso procede de la disposición

indebida de territorio como *terra nullius*, puede prevalecer requiriéndose consentimiento indígena para la sustitución, no para la decisión principal: “Si por motivos objetivos y fundamentados -entre los cuales, se reitera, no podrán argüirse exclusivamente el hecho que las tierras estén en manos privadas o estén racionalmente explotadas- las autoridades paraguayas resuelven dar prioridad al derecho a la propiedad de los particulares por sobre el derecho a la propiedad de los miembros de la Comunidad, deberá entregar a estos tierras alternativas, dentro del territorio tradicional de sus ancestros. La elección de estas tierras deberá ser consensuada con los miembros de la Comunidad, de conformidad con sus propias formas de toma de decisiones”. La respuesta implícita a la primera viene a continuación: “Se reitera que el ofrecimiento de tierras alternativas únicamente será procedente una vez que se haya valorado adecuadamente, conforme a lo indicado en esta Sentencia, que no es procedente la expropiación y que no se hayan concretado las negociaciones para la compra de las tierras”. A expropiación y compraventa como medios para la recuperación de tierras indígenas ya se ha referido la sentencia con anterioridad sin contemplar tampoco otras posibilidades.

Expropiar o comprar significa no solo compensar o retribuir la transferencia de título, sino también y ante todo darlo por válido. Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos puede justamente instar al Estado a la modificación de leyes y de políticas, ¿no le podría impeler a la realización de un catastro rural, que no existe en Paraguay, con revisión de títulos para un registro definitivo, por ya legítimo, de derechos de propiedad? Si la Corte Interamericana de Derechos Humanos pone al Estado ante sus responsabilidades por no garantizar la propiedad indígena, una propiedad reconocida por la propia Constitución paraguaya, ¿no puede encararle con la responsabilidad de haber dispuesto de territorio indígena como *terra nullius*? Quien ha hecho tal cosa en el Chaco ha sido la República del Paraguay y no colonialismo alguno anterior, ni eclesiástico ni político. Caso entonces de que la Corte no tomase el expolio como hecho consumado, se plantearía la necesidad de acomodar, no a las comunidades indígenas entre colonos no indígenas, sino a estos entre aquellas, entre unas comunidades que han recuperado su territorio. Entonces, es la familia Eaton y la cooperativa Chortitzer quienes han de encontrar su espacio legítimo en territorio ajeno y no al contrario, no los pueblos indígenas en tierra colonizada. Así es como nos acercaríamos mucho más, dentro de lo que a nuestras alturas cabe, a una *restitutio in integrum*.

Es perspectiva que no tiene cabida en el planteamiento no sólo de la Corte. La representación legal de la comunidad indígena, una mediación no indígena, ya formula la reclamación en unos términos excluyentes de tal perspectiva. No tiene por qué constituir esto un impedimento insalvable para que la Corte abriese horizonte, pero no se le pone ante el dilema de hacerlo. La reducción actual de los derechos de los pueblos indígenas suele arrancar de instancias defensoras antes de pasar por la criba de otras instancias hoy amigas, como la Corte Interamericana, o por el filtro de las instancias adversas, como la República del Paraguay todavía en el caso.

Colombia, fiscalía de la Corte Penal Internacional y relatoría sobre los derechos de los pueblos indígenas*

“Ya veo instalada la Corte Penal Internacional, porque, sin lugar a dudas, lo que buscaron Uribe y los congresistas de la coalición, con la mal llamada ley de justicia y paz, donde no hay ni justicia, ni paz, ni reparación, fue una absoluta impunidad. Entonces bien podrá anunciarse que Uribe, quien, según él y sus escuderos, cabalga a la perfección, que se tenga muy bien de la montura, que se agarre hasta de la cincha, porque la Corte Penal Internacional viene detrás suyo y de sus secuaces. A ésta no podrá amenazarla, ni presionarla como lo ha hecho cobardemente con la Corte Suprema de Justicia”. Tal fue la esperanza expresada hacia finales de 2008 por un ciudadano colombiano, de nombre Jorge, en el sitio web de la fenecida revista *Cambio* comentando un artículo sobre la visita que había hecho a Colombia el Fiscal de la Corte Penal Internacional, Luis Moreno Ocampo, procediendo a manifestaciones que suscitaron realmente la expectativa. ¿Qué ha ocurrido desde entonces?

Lo ignoro, pero conviene rememorar la visita, sus antecedentes y sus secuelas como forma de provocar, más que información, reflexión. Recordemos. A mediados de marzo de 2004 Rodolfo Stavenhagen, como primer Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas (hoy Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas), hizo una visita oficial a Colombia, de la cual rindió informe en noviembre. En el mismo no sólo ponía de manifiesto hechos atroces que ya eran notorios, sino que también los calificaba en términos penales: *“Numerosas comunidades indígenas denuncian asesinatos selectivos de sus líderes y voceros y de sus autoridades tradicionales. Estos homicidios, que parecen formar parte de estrategias diseñadas a descabezar y desorganizar a las comunidades indígenas, contribuyen a la desintegración social y cultural de las mismas. Se trata de verdaderos genocidios y etnocidios perpetrados contra los pueblos indígenas”.* La referencia a la perpetración de acciones genocidas en Colombia se repetía un par de veces en el informe, la última en estos términos: *“Se recomienda que se recurra a la asesoría de la nueva instancia creada en las Naciones Unidas para la prevención del genocidio”.*

El mismo año 2004 se había producido la novedad del nombramiento de un Asesor Especial del Secretario General de las Naciones Unidas para la Prevención del Genocidio. Un par de años antes se había establecido la Corte Penal Interna-

* Publicado el 13 de octubre de 2010.

cional, a cuya Fiscalía el relator Stavenhagen también habría podido identificar como destino de su recomendación. En el mismo año 2002 Colombia había ratificado el Estatuto de la Corte Penal Internacional. Y la Fiscalía vino a interesarse en la situación colombiana. Lo ha hecho Luis Moreno Ocampo como primer y actual Fiscal, quien asumió el cargo a mediados de 2003. Comienza a ocuparse de Colombia en 2005. No fue ajeno a advertencias como la del relator Stavenhagen aunque ésta no se le dirigiera. El momento más relevante de muestra pública de sensibilidad y de compromiso del Fiscal de la Corte Penal Internacional ante la alerta de genocidio en Colombia fue con ocasión de una segunda visita oficial a finales de agosto de 2008. También entonces dio muestras de independencia aparentemente definitiva respecto al Gobierno colombiano.

Era un momento realmente complicado. Las *estrategias* genocidas aludidas por el relator Stavenhagen no eran ni son las únicas en Colombia. Ante la impresión de connivencia que venía ofreciendo el Gobierno colombiano con guerrillas que despejan el territorio, despojando a la gente y dejando las tierras a disposición de empresas ilegales, paralegales y legales, y ante evidencias de complicidad con fuerzas paramilitares que, con motivo de la lucha contrainsurgente, contribuyen a la masiva despoblación de territorios para el acceso a recursos naturales y contranaturales, se había emprendido una política aparatosa de desmovilización en beneficio de los paramilitares sin reparación sustancial de las víctimas. Su principal instrumento es la ley llamada de Justicia y Paz, de 2005, a la que hacía alusión Jorge en el sitio de la revista *Cambio*. El extremo más chocante de esa operación fue el de la extradición a los Estados Unidos de ciudadanos colombianos por acusación de narcotráfico de forma que eludían la responsabilidad por crímenes de lesa humanidad que caen bajo la competencia de la Corte Penal Internacional. Los Estados Unidos no aceptan la jurisdicción de esta Corte. En aquella coyuntura se realiza la visita del Fiscal Moreno Ocampo a Colombia, por quien la ciudadanía colombiana se enteró de que había dirigido una carta al presidente Álvaro Uribe requiriendo explicaciones sobre la impunidad causada por la extradición. La comunicación se había mantenido en secreto por el presidente. Las extradiciones se habían decidido expeditivamente, atropellándose las competencias constitucionales de la justicia y sin transparencia alguna.

Moreno Ocampo fue franco, interesándose por responsabilidades no sólo de elementos guerrilleros y paramilitares, sino también de “*dirigentes políticos y miembros del Congreso presuntamente vinculados*” especialmente de paramilitares, los mismos que en parte estaban eludiendo sus responsabilidades con ayuda del Gobierno mediante el expediente de la extradición a los Estados Unidos: “*Me gustaría saber si las investigaciones seguidas hasta la fecha indican la comisión de conductas penadas por el Estatuto de Roma [el de la Corte Penal Internacional] y si la extradición de los líderes paramilitares presenta algún obstáculo en la eficaz investigación de los políticos mencionados*”. Acompañado del entonces juez español

Baltasar Garzón, el Fiscal Moreno Ocampo asistió a la exhumación de fosas con víctimas de paramilitares en Antioquia, de los tiempos en que Uribe había sido gobernador del departamento paisa. La mayor expansión de la táctica paramilitar coincide con el resistible ascenso de Álvaro Uribe de gobernador de Antioquia a presidente de Colombia. Todo esto justificaba la expectativa ciudadana expresada por Jorge. Fue el momento en el que el perfil de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional brilló a más altura de cara a Colombia. No ha vuelto a repetirse nada parecido ni se han producido las consecuencias que podían esperarse por las propias manifestaciones del Fiscal. La incorporación ulterior de Garzón a la Fiscalía tampoco ha traído novedades para el caso colombiano.

El actual Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, James Anaya, efectuó una visita oficial a Colombia a mediados del año 2009. En las recomendaciones finales de su informe, publicado en mayo de 2010, se contiene lo siguiente: *“Se urge al Estado a invitar al Asesor Especial para la Prevención del Genocidio de las Naciones Unidas para monitorear la situación de las comunidades indígenas que se encuentran amenazadas con el exterminio cultural o físico, según la Corte Constitucional en su Auto 004 [de 2009]. Asimismo, insta al Estado a continuar su cooperación con el Fiscal de la Corte Penal Internacional”*. En el cuerpo del informe no se hace referencia a la posibilidad de perpetración de genocidio o de crímenes de lesa humanidad, pero, aunque tampoco procediera a la calificación penal, la referida resolución de la Corte Constitucional de Colombia ofrece en efecto base para la apreciación de tales crímenes tipificados por el derecho internacional. En todo caso, a estas alturas, lo que más puede extrañar es que se señale al Estado y sólo al Estado como cooperador de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. ¿Cómo se puede encarecer una cooperación que puede impedir la investigación de sus responsabilidades, las del Estado? ¿O es que ha ocurrido algo tras la visita del Fiscal de la Corte Penal Internacional que justifique tal cambio de perspectiva? ¿Y por qué no se recomienda al Fiscal que busque primordialmente la cooperación de las organizaciones de las víctimas en general y de los pueblos indígenas en particular? La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, que los reconoce como sujetos internacionales, vincula tanto al Relator Especial como al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

En el sitio web oficial de la Corte Penal Internacional, la Fiscalía ofrece sobre el caso una información extremadamente sumaria en la versión inglesa (la francesa no da ninguna; española no hay): *“La Oficina efectuó su examen público en 2006. Examina presuntos crímenes de competencia de la Corte e investigaciones y procedimientos desarrollados en Colombia contra los presuntos autores de los crímenes más graves, líderes paramilitares, políticos, líderes de la guerrilla y personal militar. La Oficina está también analizando alegaciones sobre redes internacionales de apoyo a grupos armados que cometen crímenes en Colombia”*. ¿Esto es todo? ¿Qué fue del episodio de la impunidad por extradición que también compromete a los Estados

Unidos? ¿Y cómo es que ahora el asunto prevalente es del apoyo exterior a una de las facciones? ¿Viene a serlo cuando todavía no se han dilucidado las responsabilidades principales que son indudablemente las interiores? La justicia colombiana está efectivamente procediendo a procesamientos por crímenes de lesa humanidad, pero ignora el genocidio y, sobre todo con respecto a responsabilidades de medios gubernamentales, no procede con la diligencia que pudiera justificar el aparente compás de inhibición de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional.

Indicios de que algo ocurre bajo cuerda, los hay. Desde Colombia y desde otras latitudes viene desarrollándose una campaña internacional de imputación a otros Estados de la persistencia del conflicto armado colombiano con la secuela de crímenes no sólo de guerra. Desde Colombia han llegado a la Corte Penal Internacional denuncias formales contra esos otros Estados, particularmente contra Venezuela, responsabilizándoles de la comisión de crímenes de lesa humanidad en Colombia. También llegan a la Fiscalía documentación sobre la responsabilidad específicamente colombiana, las de guerrillas, paramilitares y medios empresariales y políticos, incluidos los congresuales y gubernamentales. Sin embargo, el pasaje final de la sumaria información actual de la Fiscalía parece indicar que la misma ha venido a situarse en la perspectiva parcial promovida desde medios oficiales colombianos. El sitio web de la Embajada de Colombia en los Países Bajos, donde radica la Corte Penal Internacional, le dedica a ésta una página en la que se precia de ser adalid de la justicia penal internacional y donde en realidad la utiliza descaradamente para lavado de imagen. La página de la Fiscalía testimonia que la Corte no marca distancias. Colombia contribuye puntual y generosamente a la financiación de la misma. Las *estrategias* de la araña y del calamar funcionan. Si no existiera Chile, diría que Colombia es la maestra en poner instituciones internacionales a su servicio, al servicio del respectivo genocidio. Hay genocidios inteligentes.

Por todo lo visto, parece haberse producido una inexplicada deriva de las instancias internacionales más involucradas, el Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, respecto a la comisión en Colombia de genocidio y de crímenes de lesa humanidad. Entre, de una parte, 2004, con el informe del relator Stavenhagen, y 2008, con la segunda visita del Fiscal Moreno Ocampo, y, de otra parte, 2010, con el informe del relator Anaya y las información de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional, se ha perdido algo tan esencial como la independencia respecto al Gobierno de Colombia.

Bolivia: ley antirracista, código penal, medios de comunicación*

En Bolivia, la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, de reciente promulgación y ya en vigor, procede a una reforma del Código Penal introduciendo un nuevo capítulo dedicado a los *Delitos contra la Dignidad del Ser Humano* y efectuado algunos otros retoques de su texto con la misma finalidad de proscripción de toda forma de discriminación, inclusive por supuesto la de género. Los medios de comunicación, principalmente los más potentes, han llamado a rebato contra esta reforma del Código Penal alegando que constituye un atentado letal contra la libertad de expresión. ¿Cómo puede ser?

Veamos en qué consiste esta reforma del Código Penal. Primeramente se establece en su parte general un agravante para el caso en el que la comisión de cualquier delito respondiere a “motivos racistas o discriminatorios” según estos quedan definidos por la propia ley con inspiración en el derecho internacional de derechos humanos tocante a racismo y toda forma de discriminación. En segundo lugar se le cambia el epígrafe a un título del Código que, de denominarse *Delitos contra la Vida y la Integridad Corporal*, pasa justamente a llamarse *Delitos contra la Vida, la Integridad y la Dignidad del Ser Humano*. Siendo ya de por sí vital para el ser humano la integridad corporal, la dignidad humana la trasciende y debe motivarla. En dicho título, que es el octavo del libro segundo, es donde se introduce el nuevo capítulo, que resulta, por último de la sección, el quinto, sobre *Delitos contra la Dignidad del Ser Humano*.

Cometen estos delitos “*la persona que arbitrariamente e ilegalmente, restrinja, anule, menoscabe o impida el ejercicio de derechos individuales o colectivos por motivos de raza, origen nacional o étnico, color, ascendencia, pertenencia a naciones y pueblos indígena originario campesinos o el pueblo afroboliviano o uso de su vestimenta o idioma propio*”; “*la persona que arbitrariamente e ilegalmente obstruya, restrinja, menoscabe, impida o anule el ejercicio de los derechos individuales y colectivos, por motivos de sexo, edad, género, orientación sexual e identidad de género, identidad cultural, filiación familiar, nacionalidad, ciudadanía, idioma, credo religioso, ideología, opinión política o filosófica, estado civil, condición económica o social, enfermedad, tipo de ocupación, grado de instrucción, capacidades diferentes o discapacidad física, intelectual o sensorial, estado de embarazo, procedencia regional, apariencia física y vestimenta*”; “*la persona que por cualquier medio difunda ideas basadas en la supe-*

* Publicado el 22 de octubre de 2010.

rioridad o en el odio racial, o que promuevan y/o justifiquen el racismo o toda forma de discriminación” o “incite a la violencia, o a la persecución, de personas o grupos de personas, fundados en motivos racistas o discriminatorios”; “la persona que participe en una organización o asociación que promuevan y/o justifiquen el racismo o la discriminación” o “incite al odio, a la violencia o la persecución de personas o grupos de personas fundados en motivos racistas o discriminatorios”.

Hay un eximente, el de la retractación en una primera ocasión, y hay agravantes, entre los que figuran que se cometa el delito desde posición de servicio público o que se haga “*mediante impreso, manuscrito o a través de medios de comunicación*”, en cuyo caso no cabrá alegación de “*inmunidad ni fuero alguno*” periódico. Sin embargo, la oposición de los medios se dirige no sólo contra estas últimas previsiones, sino contra esa entera reforma del Código Penal, contra toda esa tipificación de delitos por racismo y discriminación. En una situación como la boliviana, si sería difícil de entender la defensa de un blindaje de los medios en materia de racismo, mucho más dificultoso resulta comprender la oposición incluso a la tipificación de delitos por racismo y discriminación. Parece realmente incomprensible. Atiéndase a que, en el contexto del Código Penal, consistiendo esta sección de la ley en una reforma suya, la garantía de la competencia judicial está garantizada.

La situación de Bolivia se caracteriza al respecto porque la presencia viva del racismo con efectos de discriminación resulta tan patente que negar la evidencia no resulta sino un signo más del propio racismo. Es el caso de los medios, particularmente de los más prósperos y de los que cuentan con respaldo exterior, lo que explica que se opongan a tal reforma del Código Penal blandiendo hipócritamente la bandera de libertades como la de expresión y la de empresa. Explicar no es justificar, sino todo lo contrario. Los medios no se muestran dispuestos a recapacitar y rectificar. Están en pie de combate con la esperanza, esperemos que vana, de inoperativizar la puesta en práctica de la reforma del Código Penal o de reducirla a casos marginales que no afecten al dominio y a la cultura del racismo que resiste todavía por Bolivia no sólo en el campo de los medios. Con todo esto puede apreciarse hasta qué punto la reforma penal es necesaria. Y es además imperativa por virtud del derecho internacional de los derechos humanos, particularmente de la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial conforme hoy a la interpretación del correspondiente Comité de las mismas Naciones Unidas, una interpretación sensible para con los derechos de los pueblos indígenas. De ahí procede el mismo nombre de la nueva Ley. Bolivia está saldando sus deudas pendientes con los derechos humanos.

La oposición de los medios toma como diana no sólo el artículo 23 de la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación, que es el que contiene el nuevo capítulo del Código Penal, sino también su artículo 16, que sí resulta problemático: “*El medio de comunicación que autorizare y publicare ideas racistas*

y discriminatorias será pasible de sanciones económicas y de suspensión de licencia de funcionamiento, sujeto a reglamentación”. No parece una previsión muy necesaria una vez que al tiempo se realiza la referida reforma del Código Penal. Además, al contrario que ésta, no presenta garantías, pues lo de *sujeto a reglamentación* resulta insuficiente. Como mínimo debería haberse registrado la competencia judicial respecto a cualquier sanción y, por supuesto, a la suspensión. Puede venir por la vía del reglamento, pero es más seguro que figure en la ley. En la Constitución están las directrices (Primera Parte, *Bases fundamentales del Estado: Derechos, deberes y garantías*; Título II, *Derechos fundamentales y garantías*; Capítulo VII, *Comunicación social*; Título IV, *Garantías jurisdiccionales y acciones de defensa*). Los medios han sido invitados a participar en la preparación del reglamento, pero han declinado.

La oposición al artículo 16 va más allá del artículo 16. No muestran los medios interés alguno en mejorar una ley ciertamente mejorable. Juegan otra baza. La Sociedad Interamericana de Prensa se ha hecho presente en Bolivia para sumarse a la cruzada. La llamada de rebato quiere convocar a los gremios de la comunicación que hacen profesión y negocio de la libertad de expresión. Los medios se oponen hasta a la aplicación de la Ley contra el Racismo en el terreno de la enseñanza con medidas como la de dejar de utilizarse textos de lectura patentemente racistas. Se grita que esto es intolerancia, inquisición y censura. El medio que se muestra más beligerante en este terreno está vinculado a un grupo español que ha llegado a tener en Bolivia prácticamente el monopolio sobre los textos de enseñanza.

Ocurre como con la oposición a la reforma del Código Penal que no se limita a la defensa de intereses corporativos en nombre de libertades. Va a más. Va al ataque. A lo que se oponen los medios, en definitiva, es a asumir sus responsabilidades y a responder por sus acciones. Pretenden seguir operando con la misma impunidad de la que hicieron gala cuando impulsaron y jalearon la ofensiva racista de septiembre de 2008 bañada en sangre. El extirpar el racismo es prevenir crímenes tamaños además de establecer, por supuesto, las condiciones para una sociedad menos injusta.

Dicho de otra forma, como se está efectivamente diciendo en defensa de la nueva norma, la Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación es un instrumento de descolonización, de la descolonización todavía pendiente no sólo en Bolivia, sino en las Américas todas. Los sectores internos y externos beneficiarios del colonialismo recreado son quienes se oponen a ultranza, mas con la vista puesta en forzar un acomodo que les salve del desapoderamiento.

La alerta debe encenderse. Acomodos de ese tipo, reproduciéndose colonialismo, ya se han dado en Bolivia durante estos últimos tiempos de Constitución descolonizadora.

Informe de Bolivia al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial*

Con vistas al examen que ha de pasar ante el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial dentro de unos cuatro meses, Bolivia ha presentado el debido informe. Resulta realmente impresionante la simple relación desde el año 2006, desde la ascensión de Evo Morales a la presidencia de la República, hoy Estado Plurinacional, de todo lo que el constituyente, el legislativo y el ejecutivo han emprendido en Bolivia contra los efectos discriminatorios del racismo y contra el racismo mismo. A lo que hay que añadir, pues el informe se cerró con anterioridad, la reciente Ley contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación. Mas hay problemas y alguno tan sensible como el de la postura de dejación de cara al asunto más urgente sin duda entre todos los implicados, el de la abolición de la esclavitud y prácticas análogas de signo netamente racista en Bolivia.

El informe, por supuesto, reconoce la existencia de comunidades cautivas y de servidumbre por trabajo forzoso, afectando particularmente a guaraníes en la región del Chaco, como el problema más grave y más urgente de discriminación racial en Bolivia. El informe resalta la serie de medidas que se han adoptado para afrontar el problema sobre todo a partir de la Ley de Reconducción Comunitaria de la Reforma Agraria de 2006, pues contempla mecanismos apropiados para la expropiación de tierras por la causal de servidumbre y para la emancipación de comunidades con la dotación territorial correspondiente. Son medidas que, tras un primer impulso que pronto decayó, se han quedado mayormente en el papel por lo que interesa a dicho objetivo perentorio de saneamiento de títulos para la emancipación de personas y comunidades indígenas. El propio informe reconoce que tal es la situación. Y ofrece unas explicaciones que no acaban de resultar muy convincentes:

Parágrafo 116: *Si bien el Estado se ha encargado en los últimos años de dotarse de legislación normativa para garantizar el respeto de los derechos de los pueblos indígenas, todavía se encuentra en proceso la implementación de la misma; el trabajo es más lento de lo esperado, sobre todo debido a los obstáculos que ponen los grandes terratenientes del oriente.*

Parágrafo 159: *Es importante señalar que la vulneración a los derechos humanos de las familias cautivas no ha sido restablecida en su totalidad, como consecuencia*

* Publicado el 29 de octubre de 2010.

de la reacción del grupo de hacendados afectados, lo cual ha amenazado en diversas ocasiones la continuidad del proceso de reconstitución territorial, llegando también a amenazar la integridad física de las autoridades que intentaban cumplir con la ley.

Cierto es lo que se alega de la violenta resistencia de los intereses hacendarios, pero esto no justifica la dejación sobrevenida que dichas mismas expresiones reflejan, sobre todo si se tiene en cuenta la fortaleza democrática actual de la Asamblea Legislativa Plurinacional y del propio Gobierno. ¿Cómo se puede entonces alegar resistencias sociales a efectos no sólo explicativos, sino también justificativos del incumplimiento de la obligación internacional de abolición de la esclavitud y prácticas análogas? Mas el caso es que en la explicación y en la justificación se abunda en términos todavía más difícilmente comprensibles:

Parágrafo 161: *Por lo expuesto, se hace evidente la voluntad del actual gobierno de erradicar la presencia de la esclavitud moderna en algunas zonas del Chaco boliviano (Santa Cruz y Chuquisaca), se reconoce la enorme responsabilidad de resolver los casos más dramáticos de trabajo forzoso y discriminación étnica que subsisten en el país; sin embargo, puesto que la solución a este problema depende de un trabajo integral, hace falta la voluntad de aquellos que detentan un interés particular sobre las tierras en ese territorio.*

Si he leído bien y no entiendo mal, se está diciendo que, para poner término a la cautividad de comunidades y a la servidumbre por trabajo forzoso, hay que contar con *la voluntad* de quienes se han apropiado de las tierras y explotan a las personas, los mismos que han utilizado la violencia para oponerse y, según todos los visos, no están dispuestos a ceder. ¿No es esto una actitud de entreguismo ante los hacendados que tienen *un interés particular* en que no se produzca la abolición de la esclavitud y prácticas análogas en Bolivia? Si esto es así, ¿cómo puede manifestarse de forma tan franca y confiada ante el Comité de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial? Tengo para mí una explicación que no quiero reservarme.

En Bolivia, ante la violencia desatada por los intereses contrarios al saneamiento de títulos incluso para la emancipación de personas y comunidades, fueron agencias de las propias Naciones Unidas, muy en particular su Programa para el Desarrollo (PNUD), quienes adoptaron y fomentaron la actitud entreguista con el pretexto de la recuperación de la paz social. Por parte del PNUD se pretendió incluso que se había alcanzado un acuerdo con los hacendados para la promoción de los derechos humanos ofreciéndoles la coartada para mantener su posición hasta hoy. Gentes expertas en gobernanza o en resolución de conflictos tienen por ejemplo la operación.

Como el entreguismo procede de las mismas Naciones Unidas, el informe de Bolivia puede producirse con tal franqueza y tal confianza. Al fin y al cabo, el eufemismo de *“la voluntad de aquellos que detentan un interés particular sobre las tierras”* resulta transparente. En fin, Bolivia va a ser ahora examinada por el

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, pero ¿quién examina al PNUD y sus agentes? He ahí uno de los puntos oscuros de la actual organización internacional, el de la responsabilidad de las propias agencias de las Naciones Unidas por políticas y acciones contrarias a los derechos humanos.

El Foro Permanente de las Naciones Unidas para las Cuestiones Indígenas envió hace algo más de año y medio una misión al Chaco boliviano para estudiar el caso de las comunidades cautivas y la servidumbre por trabajo forzoso de población guaraní. Presentó a continuación, a los pocos meses, el respectivo informe resaltando que la situación aqueja no sólo a personas y comunidades guaraníes, sino también al pueblo guaraní, cuyo territorio debe reconstituirse mediante la política de saneamiento de títulos a los efectos de que el mismo recupere su capacidad de libre determinación en beneficio de las personas y comunidades guaraníes así, en dicho contexto, plenamente emancipadas.

El informe del Foro sintonizaba plenamente con la flamante Constitución Política del Estado Plurinacional de Bolivia. Sobre esta base en común se desarrolló un diálogo en profundidad entre el Gobierno de Bolivia, la Asamblea del Pueblo Guaraní y el propio Foro, diálogo que también está documentado. El Informe de Bolivia al Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial guarda absoluto silencio sobre todo esto. No contiene ni una sola referencia al informe del Foro ni a sus recomendaciones, algunas bien concretas para afrontarse en términos jurídicos la resistencia de los hacendados, ni a la documentación subsiguiente.

Perú: jurisprudencia triplemente aberrante del Tribunal Constitucional*

“Si bien el Convenio 169 se encuentra vigente en nuestro país desde 1995, este no ha sido materia de regulación por parte del Congreso o del Ejecutivo de manera tal que su tutela pueda ser solicitada de manera sencilla. A su vez, al no haberse implementado tal derecho se ha generado una situación de inseguridad que afecta no solo a los pueblos indígenas sino a aquellas personas que han desarrollado acciones sin que el Estado haya exigido previamente a ello llevar a cabo el proceso de consulta”.

De tal manera, mediante una resolución por recurso de aclaración fechada hace más de dos meses que se hace pública ahora, el Tribunal Constitucional del Perú zanja las contradicciones en las que había recientemente incurrido respecto al valor normativo del Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, el conocido como Convenio 169. Lo hace así a favor de las políticas del Gobierno que han venido conculcándolo y de las concesiones empresariales beneficiarias. Para ello priva de valor práctico a este tratado multilateral durante el plazo de quince años transcurrido desde su suscripción. La resolución no es tan concluyente como ella misma pretende. El valor de un tratado lo determina hoy el derecho internacional mismo y ninguna instancia interna, por muy constitucional que en teoría sea, del Estado signatario. El Tribunal Constitucional del Perú comienza por cometer la aberración de cargarse de un golpe de desgracia el derecho internacional de tratados.

El Tribunal Constitucional del Perú sienta, en dicha resolución tan poco aclaratoria, algo tan inconsistente como que el Convenio 169, ratificado por Perú en 1994, sólo es vinculante desde una fecha cercana, incierta y manipulable, la de publicación en internet de una sentencia cuya presuntamente definitiva, aquella sobre la que el recurso, por no considerarla tal, ha pedido aclaración. También entonces, con dicha sentencia previa, hubo un lapso inexplicado entre la fecha de suscripción, teóricamente el 9 de junio de este año, y la todavía más dudosa de publicación en internet. Y hay además caso con indicios de que por medio se introdujeron en la sentencia pasajes entreguistas de derechos a intereses no se sabe por qué manos ni a qué precio, caso de haberlo. Tal y como transcurren las cosas, con intereses económicos ingentes de por medio, con un gobierno empeñado en políticas extractivistas y con un brusco giro jurisprudencial sin asomo de sustentación jurídica, no ha de descartarse la posibilidad de ningún tipo de

* Publicado el 15 de noviembre de 2010.

influencia. Otras instituciones del Estado han contribuido. El mismo incumplimiento consuetudinario del Convenio 169 le ayuda al Tribunal Constitucional para argüir por la consolidación de los hechos consumados. De tal índole son sus argumentaciones.

Un contexto no sólo interior aviva la preocupación. El evidente manejo político de Tribunales Constitucionales como el del Perú o el de España habrá de conducir, antes o después, al cuestionamiento del poder en el que se convierte la jurisdicción constitucional especializada y concentrada. Hacen falta una historia y una doctrina constitucionales menos ilusas y más documentadas, menos serviles y más analíticas, para cobrarse conciencia de los riesgos de un empoderamiento jurisdiccional que puede acabar por recaer en instancias políticas, como está efectivamente ocurriendo por Perú y por España. Mas es Perú que nos ocupa ahora y por un asunto muy concreto. En el curso de un corto tiempo su Tribunal Constitucional ha derivado de la afirmación del valor normativo del Convenio 169 desde su momento, quince años ha, al de hace no mucho más de un par de meses. La aberración ya consiste en que, para un giro tan pronunciado, no se ha molestado en sustentar el cambio de jurisprudencia en nada mejor que los intereses de unas empresas entendiéndolos como generales y dándolos por consumados.

Carlos Mesía, presidente del Tribunal Constitucional peruano, ha asistido hace unos días a un foro de historia constitucional (*Independencias y Constituciones*, Cartagena, Colombia, 8 y 9 de noviembre) en el que, aparte de desplegar su ignorancia en la materia, ha hecho gala de ensoberbecimiento de poder como magistrado constitucional. Escuchándole atentamente en vivo, suena vano al atribuir poderes últimos a la institución que encabeza, además de peligroso al entenderla en términos, no de garantía de libertades de individuos y de colectividades, sino de ejercicio de poderes de Estado. Así es como resulta tan aparentemente fácil sacrificar derechos indígenas a intereses empresariales o corporativos. Se hace por el Tribunal Constitucional del Perú como si con estos, con tales intereses, respondiendo a ellos, las políticas generales hubieran forzosamente de identificarse. La aberración de fondo es la de dejar sin remedio judicial derechos así atropellados y nunca reparados. Llueve sobre inundado. El bloqueo del acceso de las comunidades indígenas a la justicia frente a la intrusión extractivista, sin su consentimiento, es para ellas experiencia en carne propia. Un intento legislativo reciente por superar esta situación a fin de darle cumplimiento a la exigencia de consulta del Convenio 169 ha sido vetado por el Ejecutivo con el argumento de que es algo innecesario por estar abierta la justicia peruana a toda la ciudadanía sin discriminaciones. El Tribunal Constitucional sabe que no, se lo calla y lo refrenda.

Se procede con todo esto de modo tan desfachatado que las sospechas se disparan. Las alarmas se encienden. ¿Cómo se explica esta última deriva de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Perú o, realmente, de esta jurisprudencia suya? ¿Cuáles son sus motivaciones, las de sus magistrados? Sus pro-

nunciamientos por escrito ya digo que no dan cuenta. Sobre el Tribunal Constitucional del Perú es patente que se ciernen no sólo otras instancias estatales, sino también influencias económicas. Sin embargo, aunque se tuviera evidencia de venalidad, no se contaría con una explicación suficiente. El problema puede ser más grave todavía, con serlo ciertamente, en el caso hipotético de que se diera, el de la corrupción. También hay iniquidades gratis, por ejemplo las racistas, con unas actitudes tales de prejuicio arraigado que por sí solas se bastarían para la radical exclusión indígena de toda noción de intereses generales, políticas de Estado o similares, de donde provendría la aparente facilidad del giro jurisprudencial, sin mayor necesidad de otro sustento ni siquiera jurídico. Y unas y otras motivaciones son perfectamente compatibles. Casan bien incluso. El racismo inconfesado y compartido puede ofrecer coartada y cobertura a los intereses políticos y a los incentivos económicos de la trastienda. Lo más sospechoso es que el cambio jurisprudencial no se toma muchas molestias por justificarse. Busca la complicidad y cuenta con ella.

Cualesquiera que sean los motivos, explicación jurídica o, aún menos, motivación en derechos es lo que, vistas las resoluciones, no hay ni por asomo. Es evidencia que acusa y hasta confesión que inculpa. Si hay algo que salve, si no la cara, su antípoda, ello es la presunción de inocencia, presunción constitucionalmente obligada de una buena fe que el Tribunal Constitucional administra por su cuenta pródigamente para empresas y avaramente para indígenas. A veces puede darse lo que no se tiene. Y también denegarse. Así se conduce ahora el Tribunal Constitucional del Perú. Son efectos del racismo ante los que el racismo ciega. O quizás del interés que con torpeza procura disimularse. Tal vez, probablemente, sea el producto de ambas cosas, racismo mediante siempre.

El presidente de la República, Alan García, expresó brutalmente ese racismo con su miserable comparación de las comunidades indígenas al perro del hortelano, al chucho que, ya se sabe, ni come ni deja comer. Fue la magra doctrina en la que quiso sustentar el asalto a la Amazonía rompiendo con las prácticas requeridas por el Convenio 169. El Tribunal Constitucional está colegiadamente demostrando que no sólo simpatiza con la miseria de una teoría, sino que también comulga con la infamia de una política. Aparte posibles motivaciones concurrentes, no creo que pueda explicarse la deriva sin tomarse en cuenta ese fondo de racismo.

El racismo es la aberración de las aberraciones, la aberración de las aberraciones vistas. Si el Convenio 169 puede ignorarse tan fácilmente, es porque los derechos que contempla son indígenas. Si la ignorancia puede darse tan impunemente incluso en sede jurisdiccional, es por la misma razón. Tampoco es otro el motivo por el que todo un Tribunal Constitucional puede dejar sin remedio judicial la violación de unos derechos. Son los derechos indígenas. Si todo esto afectara en cambio al resto de la ciudadanía, el escándalo ya habría descalificado a esa justicia.

Bolivia: procedimiento legislativo y consulta indígena*

Por trámite de inopinada urgencia, para alcanzarse a la Cumbre sobre el Cambio Climático de Cancún, la Asamblea Legislativa Plurinacional de Bolivia, ha aprobado el pasado martes día 7 de diciembre la Ley de Derechos de la Madre Tierra. Su indudable transcendencia queda seriamente empañada por la precipitación en su aprobación. Era ley que se estaba debatiendo en la Asamblea especialmente con representantes indígenas, pues del ámbito indígena proviene la actitud de simbiosis con la naturaleza mediante la fórmula ahora de respeto de sus derechos, cuando el proceso legislativo se guillotizó para contrapuntarse oportunistamente Cancún. En Bolivia se están en trance de consolidarse prácticas de acuerdos legislativos no sólo sin deliberación parlamentaria suficiente, sino también, lo que es más grave en el caso, sin la debida consulta indígena. Hay excepción, como la del proyecto de ley de Deslinde Jurisdiccional.

Por su carácter de Estado Plurinacional con órgano legislativo efectivamente tal, plurinacional, la cuestión de la consulta indígena, a la que obligan el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y la propia Constitución, no es un asunto sencillo de que el Estado se dirija a los pueblos indígenas para recabar su consentimiento en asuntos que les afectan. No lo es porque la plurinacionalidad implica la presencia efectiva de los pueblos indígenas en el Estado mismo y en sus órganos superiores, como en la Asamblea Legislativa Plurinacional. ¿Hace esto innecesaria la consulta porque la misma ya quede comprendida en los procedimientos normativos ordinarios? Pudiera ser. Depende de efectividad de la representación de los pueblos en las instituciones.

Ni la Asamblea Legislativa Plurinacional ni ninguna de sus dos cámaras, la Cámara de Diputados y el Senado, se constituyen formalmente por representación de los pueblos, aunque, en un sistema y en unas condiciones de carácter democrático, representantes de los mismos pueden acceder y actuar como tales. Además, entre las circunscripciones electorales, desde la misma Constitución se contemplan unas especiales por indígena originario campesinas allí donde los correspondientes pueblos se han quedado en marcada minoría, como ocurre en el Oriente. Su determinación se encomienda a la Ley del Régimen Electoral, una

* Publicado el 11 de diciembre de 2010.

de las cinco urgentísimas reclamadas por la Constitución, cuya misma urgencia no permitió que se plantease la cuestión de si debían someterse formalmente a consulta indígena.

Hubo conflicto resuelto contra las aspiraciones y propuestas, basadas en las previsiones constitucionales, de los pueblos del Oriente. La Ley del Régimen Electoral contempla tan sólo siete circunscripciones indígena originario campesinas, lo que no da ni para un representante por cada uno de los pueblos del Oriente. A ello se agrega que el procedimiento de elección es siempre el general y no, para el caso y para el de los pueblos mayoritarios en su área, el procedimiento que cada pueblo acostumbre o determinase, con lo que no cabe que el poder representativo sea especial y pueda por lo tanto comprender la capacidad de evacuar la consulta indígena con los representantes indígenas en las misma Asamblea Legislativa. Ésta no es todavía lo suficientemente plurinacional como para que no haya de procederse cual parte del proceso normativo a una consulta cuyo resultado la Asamblea Legislativa debe tomar en cuenta. El procedimiento consultivo la Ley del Régimen Electoral, en su Disposición Transitoria Novena, lo remite a un Reglamento acordado entre el Gobierno y los pueblos indígena originario campesinos todavía pendiente. La consulta contemplada por la ley es la previa ciudadana para casos de aprovechamiento de recursos naturales y sin valor vinculante subsumiendo a dicho efecto, con reconocimiento de procedimientos propios, a la consulta indígena.

Por las razones de urgencia dichas, las primeras leyes de desarrollo de la Constitución, leyes tan transcendentales como la dicha del Régimen Electoral, la del Órgano Electoral Plurinacional, la de Autonomías y Descentralización, la del Órgano Judicial y la del Tribunal Constitucional Plurinacional, no se sujetaron a la consulta indígena, provocándose resistencias no sólo en el primer caso, el del régimen electoral. El primer proyecto que se somete a la consulta es el de la Ley de Deslinde Jurisdiccional que también requerido, con menor urgencia, por la Constitución. Aunque no muy difundida ni siquiera entre asambleístas, existe una publicación que rinde cuenta del proceso: *Sistematización del Proceso de Consulta a los Pueblos Indígena Originario Campesinos. Anteproyecto de la Ley de Deslinde Jurisdiccional*, editada bajo el crédito del Ministerio de Justicia, el encargado de la preparación del proyecto, con la asistencia del Programa de Fortalecimiento de Capacidades Institucionales–Pueblos Indígenas y Empoderamiento de la Cooperación Suiza.

Como fuera de esperar, durante ese proceso de consulta se manifestaron serias reservas frente a un primer desarrollo legislativo de la Constitución que no había satisfecho expectativas suscitadas entre indígenas ni acatado mandatos emitidos a las instituciones por la Constitución misma. Consecuentemente, el anteproyecto resultante de la consulta modifica puntos sensibles de dicha legislación de desarrollo en materia jurisdiccional, afectando por lo tanto a las leyes del Tribunal Constitucional Plurinacional y del órgano judicial, lo que puede

perfectamente hacer por ser ley posterior y por no existir en el sistema constitucional boliviano una categoría normativa de legislación orgánica que se sitúe por encima del resto de las leyes. Ya en la recta final de su toma en consideración por la Asamblea General, antes de considerar la coyuntura actual del proyecto de ley de Deslinde Jurisdiccional, conviene regresar al precedente de lo que acaba de ocurrir con el proyecto de ley de Derechos de la Madre Tierra.

Aunque no sujeto formalmente al procedimiento de consulta, está dicho que el proyecto de ley de Derechos de la Madre Tierra estaba especialmente debatiéndose con representantes indígenas en el mismo seno de la Asamblea Legislativa Plurinacional. Era un debate que había de tomarse su tiempo pues se involucraban cuestiones tan delicadas como el de la perforación de la Madre Tierra por recursos de minerales o de hidrocarburos. Cancún ha servido como excusa para cortarse por lo sano y por lo insano guillotinando el debate parlamentario para imponer una ley con los aspectos más propagandísticos y sin las cuestiones más comprometidas. Ha de advertirse que el mismo riesgo se cierne sobre el proyecto de ley de Deslinde Jurisdiccional.

Además del proyecto de ley de Deslinde Jurisdiccional resultante de la consulta, existe un texto más expeditivo apócrifamente atribuido al propio Ministerio de Justicia esperando la excusa de urgencia que pudiera ofrecer el enconamiento artificial del debate o alguna otra para efectuar el equivalente cambiazo. El problema reside en que, con su reducción expeditiva, no sólo ataja radicalmente la reconducción del proceso de desarrollo legislativo de la Constitución, sino que intenta incluso impedirlo en el futuro mediante el encuadramiento de la Ley de Deslinde Jurisdiccional en las primeras leyes de desarrollo como si éstas tuvieran un valor superior, un valor de carácter constitucional, suplantando a la Constitución.

El texto apócrifo no deja de cometer la falsedad de pretender que procede de la consulta. Por lo demás, en cuanto al contenido resulta tan dudosamente constitucional como el tratamiento de la posición de los pueblos indígena originario campesinos en el Estado Plurinacional por las primeras leyes de desarrollo. La Constitución requiere la Ley de Deslinde Jurisdiccional no sólo para la *“coordinación y cooperación entre la jurisdicción indígena originaria campesina con la jurisdicción ordinaria y la jurisdicción agroambiental y todas las jurisdicciones constitucionalmente reconocidas”*, sino para algo más con carácter prioritario, esto es, para la propia promoción y el propio fortalecimiento: *“El Estado promoverá y fortalecerá la justicia indígena originaria campesina”* (artículo 192.III), lo cual hace el proyecto precedente de la consulta y no lo hace en absoluto el apócrifo.

Bolivia se encuentra en una difícil coyuntura entre la mejor Constitución hoy existente en lo que toca al reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y un Gobierno crecientemente empeñado, no diría en su defraudación y ninguneo, pero sí en su reducción y control. En tal situación, la mejor arma frente a las políticas desviantes es la Constitución misma.

Reforma constitucional, derechos humanos y pueblos indígenas en México*

El martes 8 de marzo de 2011, con el voto del Senado, el Congreso federal de los Estados Unidos Mexicanos aprobó una importante reforma constitucional en materia de derechos humanos. Todavía necesita la ratificación de un mínimo de la mayoría de las legislaturas de los Estados, pero, dado el apoyo unánime en lo sustancial, salvo algún punto menor, entre los partidos con representación parlamentaria, se espera que la promulgación pueda producirse sobre la marcha. Dada su relevancia, conviene ir ya reflexionando sobre las implicaciones prácticas de esta reforma. Acudo a la reflexión sobre su alcance respecto a los derechos de los pueblos indígenas en México.

La reforma comienza por cambiar el epígrafe del primer capítulo del título primero de la Constitución. Dejará de llamarse *De las Garantías Individuales* para pasar a denominarse *De los Derechos Humanos y sus Garantías*. El cambio es bien significativo. Ambas denominaciones, para no reducirse a una declaración programática, ponen justamente el acento en las garantías, pero la segunda antepone expresamente aquello que se garantiza, esto es los derechos calificándolos además como *humanos*, considerando así que los mismos no se reducen al reconocimiento constitucional ni dependen del mismo. La Constitución está obligada a prestar *garantías* pues reconoce que hay *derechos* situados sobre ella misma y constituyendo así premisas suyas indisponibles por poder alguno, inclusive el constituyente y el de reforma.

El calificativo de *individuales* para las garantías y, por ende, para los derechos nunca ha respondido completamente al contenido del capítulo. Ya nació desbordado fundamentalmente por un reconocimiento de comunidades indígenas como sujetos de derechos (“*condueñazgos, rancherías, pueblos, congregaciones, tribus y demás corporaciones de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal*” en el texto original de 1917; desde 1934, “*núcleos de población que de hecho o por derecho guarden el estado comunal*”; desde 1992, “*núcleos de población ejidales y comunales*”, agregándose a estos como sujetos de derechos, desde 2001, “*pueblos y comunidades indígenas*”). Ya de entrada, la supresión ahora de ese adjetivo puede coadyuvar al potenciamiento de los derechos de *pueblos y comunidades*. Veremos hasta qué punto.

Derechos humanos es una categoría de derecho internacional, lo cual le consta por supuesto a la reforma constitucional. Con ella no sólo se trata de un cambio

* Publicado el 14 de marzo de 2011.

en la calificación de los derechos, sino también de su extensión, reubicación y fortalecimiento. Así rezará en el futuro el artículo primero de la Constitución:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales sobre derechos humanos antes señalados.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Este nuevo arranque de la Constitución basta para transformar la misma concepción del constitucionalismo que prevalece en México desde 1917, según la cual la Constitución propia es el origen de todo derecho situándose por encima de cualquier otra norma. Esto lo expresa el artículo constitucional 133, un artículo obsoleto desde que en 1948 comienza a plantearse el derecho internacional de los derechos humanos con la Declaración Universal y todavía más a partir de 1980, cuando entra en vigor la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ya ratificada entonces por México, ubicándolos por encima del derecho interno de los Estados, inclusive por supuesto de sus Constituciones. He aquí dicho artículo 133 de la Constitución mexicana:

Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.

Extrañamente, la reforma constitucional en materia de derechos humanos no modifica este artículo para dejar claro que el orden normativo no es el de Constitución y Tratados, sino el de Tratados y Constitución, particularmente cuando se trata de tratados de derechos humanos. En todo caso, ya no cabrá duda una

vez que la reforma se ratifique por una mayoría de Estados. Los tratados de derechos humanos quedarán nítidamente situados por encima de la Constitución. En el extremo de que el reconocimiento del derecho internacional de derechos humanos se refiere sólo al de carácter convencional, esto es, el establecido mediante tratados ratificados por México, y no a todo el cuerpo internacional de derechos humanos, incluyendo así también las meras declaraciones, es algo en lo que insiste el texto de la reforma constitucional. La misma se refiere solamente a “*los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte*”. Esto dejaría fuera de la entronización constitucional de los derechos humanos, por ejemplo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Más consecuentemente, las últimas Constituciones latinoamericanas, como la del Ecuador o la de Bolivia, reconocen como derecho interno no sólo los tratados de derechos humanos ratificados, sino todos los instrumentos internacionales, sean convencionales o declarativos.

No resulta de hecho tan neta a estas alturas la distinción entre derecho convencional y derecho meramente declarativo en el orden internacional. Los comités de tratados de derechos humanos, que en principio han sido establecidos para la supervisión del cumplimiento de cada una de las convenciones, vienen últimamente entendiendo que debe procederse a una interpretación transversal e integrada de las mismas en el seno de todo el conjunto de instrumentos internacionales de derechos humanos a los mismos efectos de dicha supervisión. El Comité de Derechos del Niño o el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por ejemplo, han tomado explícitamente en consideración la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para la debida inteligencia de su correspondiente tratado. Y esto es algo que se acentúa en el ámbito del sistema interamericano de derechos humanos. La Comisión y la Corte interamericanas de derechos humanos están tomando en cuenta la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas para interpretar la Convención Americana de Derechos Humanos, un tratado ratificado por México que ahora la reforma constitucional sitúa por encima de la propia Constitución.

Aunque el reconocimiento de la prevalencia del derecho internacional de los derechos humanos pudiera a estas alturas restringirse a los tratados, se comprendería en todo caso el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el que versa sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, registrando derechos y estableciendo como principal garantía el procedimiento de consulta a los mismos pueblos por parte de los Estados. Este convenio no es originalmente un tratado de derechos humanos, pero la misma Organización Internacional del Trabajo e incluso alguna jurisprudencia de los comités de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas han venido progresivamente entendiéndolo como un instrumento convencional de derechos humanos. Y sobre esto no cabe duda en el sistema interamericano. La Corte Interamericana de Derechos

Humanos ha convertido el Convenio 169 en derecho interamericano de derechos humanos haciéndolo valer incluso frente a Estados que no lo tienen ratificado. Se entiende así, ahora, por la jurisprudencia interamericana, que la Convención Americana de Derechos Humanos, cuyo texto no hace mención de los pueblos indígenas, cubre sus derechos requiriendo la garantía fundamental de la consulta. Todo esto es jurisprudencia desarrollada durante la última década.

La jurisprudencia interamericana de derechos humanos, que es vinculante para México desde que aceptase la competencia de la Corte a finales de 1998, considera que el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo es un instrumento de derechos humanos y que el mismo debe además interpretarse a la luz de la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho de los Pueblos Indígenas. Esto quiere decir que en el momento inminente en el que México adopte la reforma constitucional en materia de derechos humanos se entronizarán en una posición netamente supraconstitucional el Convenio 169 a efectos normativos y la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas a efectos interpretativos. Todo esto habrá de implicar la activación del *derecho a la libre determinación de los pueblos y las comunidades indígenas* que la Constitución mexicana reconoce desde la reforma de 2001 en unos términos que a la hora de la verdad lo dejaron desactivado. La activación deberá ahora desbloquearse. Tal derecho de libre determinación, una de cuyas garantías es el procedimiento de consulta, constituye el fundamento de todos los derechos específicamente indígenas para la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Paralelamente a la reforma constitucional en materia de derechos humanos están moviéndose en el Congreso federal, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, propuestas de ley sobre la consulta con pueblos indígenas. Últimamente se ha llegado al acuerdo de un texto en común entre las Comisiones de Asuntos Indígenas de ambas Cámaras con más posibilidades así de progresar. Mejora notablemente anteproyectos previos, pero no acaba de satisfacer el estándar, ya no digo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, sino ni siquiera del Convenio 169 que más directamente vincula a México antes de la reforma constitucional en materia de derechos humanos y que más todavía lo hará tras ella. Ante la misma, el anteproyecto actual de ley de consulta resulta una absoluta contrarreforma.

Este anteproyecto actual de ley de consulta distingue por ejemplo entre *medidas legislativas y medidas administrativas* a los efectos del alcance de la participación indígena. Respecto a las primeras correspondería “*recabar la información libre e informada*” mientras que sólo respecto a las segundas procedería una verdadera consulta con el lógico objetivo de “*lograr el consentimiento previo, libre e informado*” de los pueblos indígenas. Pues bien, no hay ninguna base en el derecho internacional para hacerse tal distinción. Desde el propio Convenio quedó

establecido el requerimiento de un mismo tipo de consulta para medidas tanto *legislativas* como *administrativas* que afecten directamente a pueblos indígenas, lo que se refuerza por la Declaración al cualificarse como *previo, libre e informado* el consentimiento consiguiente. Esto quiere decir que la inminente reforma constitucional en materia de derechos humanos hará que dicho anteproyecto resulte claramente inconstitucional. Ya lo es por no respetar el Convenio 169 obligatorio para México por encima de la Constitución, conforme a la Convención de Viena, desde 1991, desde un año después de su ratificación.

No parecer tener sentido estar preparando una ley sobre una garantía básica de los derechos de los pueblos indígenas, la de consulta, sin atenderse estrictamente al Convenio a la luz de la Declaración cuando se está al mismo tiempo ultimando una reforma constitucional que viene a consagrar en forma plena el valor normativo del primer instrumento e interpretativo e integrador del segundo. Una vez que dicho cambio sustancial de la Constitución por vía de reforma se encuentra en su recta final, una ley de consulta debe traer causa estricta y no laxa del derecho internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Otra cosa será un fraude no sólo de Convenio, sino también, ahora claramente, de Constitución. Esperemos que la cultura constitucional mexicana cambie al impulso de la reforma sobre derechos humanos para que la justicia aprenda a amparar tales derechos, los derechos de los pueblos indígenas.

Nota

El 18 de mayo de 2011, con la ratificación del Estado de Tamaulipas, tras haber ratificado los de Nayarit, Michoacán, Veracruz, Aguascalientes, Coahuila, Chiapas, Colima, Yucatán, Chihuahua, Campeche, Zacatecas, Quintana Roo, México, Durango, Sonora, Tamaulipas y Baja California Sur, se ha culminado en los Estados Uni-

dos Mexicanos el proceso de aprobación de la Reforma Constitucional en Materia de Derechos Humanos. El proyecto de ley general de consulta sigue de momento su curso parlamentario con indeferencia a esta transformación del marco constitucional.

Operación Gerónimo*

“*Was it legal?*”, “¿fue conforme al derecho entonces existente?”, se preguntaba Walter Echo-Hawk concluyendo su libro *In the Courts of the Conqueror* [Ante la justicia del conquistador], refiriéndose al genocidio sufrido por los pueblos indígenas de América del Norte, la de Estados Unidos, a lo largo esencialmente del siglo XIX. “*Was it legal?*”, “¿Ha sido conforme al derecho hoy existente?”, se pregunta Jeffrey Toobin en las páginas de *The New Yorker*, mejor dicho, de momento en su edición electrónica, refiriéndose a la operación de los Estados Unidos en Abbottabad, Pakistán, que ha provocado la muerte, entre otros, del notorio genocida Osama Bin Laden. *Operación Gerónimo* es el nombre que ha recibido el operativo militar, rememorándose así con orgullo el penúltimo acto de aquella historia decimonónica, el del genocidio sufrido por el pueblo apache. ¿Entre genocidas anda todavía el juego?

Osama Bin Laden ha provocado, reivindicado y justificado actos de genocidio, actos tendentes a hacer desaparecer grupos humanos como tales, no necesariamente por supuesto a todos sus individuos (Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, art. 2). Ha sido autor confeso, aunque no convicto, de un delito de genocidio que se suma a tantos otros por lo común impunes. Si miramos las evidencias más palpables de unas masacres y si las cifras significan algo, habría de comenzarse reconociendo que las muertes provocadas por el susodicho genocida palidecen no sólo en comparación con las producidas por aquel genocidio americano durante más siglos que el XIX, sino también por las imputables, por ejemplo, a Bélgica en el Congo entre ese siglo y el XX o, en este otro siglo, el pasado, a Gran Bretaña en Kenia o a Francia en Argelia. Por señalar lo primero, por comparar la matanza del 11 de septiembre de 2001 con la masacre mayor del genocidio americano, un profesor, Ward Churchill, ha sido expulsado de la Universidad de Colorado y no contratado por ninguna otra en los Estados Unidos. La genuina *Operación Gerónimo* prosigue en casa.

Jeffrey Toobin aborda la cuestión *Was it legal?* como si fuera un asunto casero. Como base para no considerar conforme a derecho la muerte de Bin Laden, alega una orden ejecutiva del presidente número 38 de los Estados Unidos, Gerald Ford, en los años setenta del siglo pasado, de este categórico tenor: “*No employee of the United States Government shall engage in, or conspire to engage in, political assassination*” (“Ningún funcionario o agente de los Estados Unidos participará en asesinatos políticos o en conspiraciones para cometerlos”), bien que expli-

* Publicado el 3 de mayo de 2011.

cando a continuación hasta qué grado se debilitó el vigor de dicha orden, hasta anularse en la práctica, bajo el presidente número 43 de los Estados Unidos, George Walker Bush. La presidencia del 44 y actual, Barack Hussein Obama, no la ha rehabilitado. ¿Eso es todo? ¿No hay base mejor en todo el derecho de los Estados Unidos para considerar que, aun admitiéndose la pena de muerte, no es conforme a derecho la que se ejecuta deliberadamente por agentes públicos sin el debido proceso?

Sorprendentemente, para un asunto tan internacional, Jeffrey Toobin no hace referencia alguna al derecho internacional. Y, como diría el Marco Antonio de Shakespeare, Jeffrey Toobin es persona honorable, tan decente como competente, al menos en el debate jurídico. Es el autor de obras tan justamente afamadas como *The Nine: Inside the Secret World of the Supreme Court* [Los Nueve. Dentro del mundo secreto de la Corte Suprema]. A propósito de este órgano supremo, el análisis de su jurisprudencia sobre los pueblos indígenas es precisamente lo que permite a Walter Echo-Hawk concluir *In the Courts of the Conqueror* [Ante la justicia del conquistador], no sólo que hubo intención genocida, sino también que la misma fue *legal*, esto es conforme a un derecho de los Estados Unidos que no acaba de recluirse completamente en la historia. ¿Por qué se ha denominado ahora *Operación Gerónimo* el asalto de Abbottabad? Se ha dado la explicación oficiosa de que aquel resistente apache fue tan escurridizo como Bin Laden, habiendo de emplearse muchos medios por los Estados Unidos para capturarlo. El Estado genocida realiza ahora la asimilación infame de la víctima de genocidio a un genocida.

Hoy hay más derecho que el doméstico o el casero, aquel en el que los Estados son juez y parte, y que el internacional del que también los Estados disponían en otros tiempos a su gusto sin problemas. Hoy no sólo está tipificado el genocidio como delito en el derecho internacional, sino también otros crímenes de lesa humanidad entre los que hay base para entenderse incluido el asesinato político (Estatuto de la Corte Penal Internacional, art. 7.1.a). Puede argumentarse que esto no afecta a los Estados Unidos puesto que no admiten el derecho penal internacional que va más allá del delito de genocidio, pero esto tan sólo significa que, si los Estados Unidos cometen otros crímenes de lesa humanidad, no pueden ser acusados ante la justicia internacional correspondiente, no que dicho derecho penal internacional no exista. Algunos Estados que lo aceptan, mediante la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, están hoy celebrando ostentosamente la muerte de Bin Laden y de sus acompañantes, esto es la comisión de lo que pudiera ser un asesinato político que cabría calificar como crimen de lesa humanidad. Los mismos organismos políticos de las Naciones Unidas están celebrando esas muertes.

Jeffrey Toobin arguye en su artículo de urgencia algo más y esto es la extrema dificultad de acciones conforme a derecho una vez que se localiza el paradero de

Bin Laden. ¿Se le iba a capturar para juzgarlo en Pakistán o para extraditarlo a los Estados Unidos sin poderlo además recluir, por disconforme a derecho, en el limbo de Guantánamo? ¿Se le iba a conceder el derecho a juicio contradictorio con todas las posibilidades de utilización política y propagandística de la defensa? ¿Se le iba a mantener con vida ante la amenaza persistente del terrorismo que ha encabezado? Se efectúan las preguntas por parte de Jeffrey Toobin como dejándose la impresión de que las respuestas negativas son evidentes. No entra en todo caso a considerar las alternativas conforme a derecho recurriendo al sencillo argumento de que la muerte de Bin Laden las ha hecho irrelevantes. ¿Así es? ¿No hay nada pendiente de esclarecimiento en juicio y no sólo sobre culpabilidades de una de las partes, sino también sobre responsabilidades de todas? ¿Y no sigue existiendo Guantánamo? Por otra parte, ¿no se arrojaron problemas parecidos con los juicios de Nuremberg y Tokio? ¿No estamos ahora en mejores condiciones?

El derecho internacional denomina *ejecución extrajudicial* al asesinato político por agentes de Estados porque sigue todavía admitiendo la judicial, es decir la pena de muerte. Quienes celebran la ejecución extrajudicial de Osama Bin Laden hacen más que defender la pena de muerte incluso sin el debido proceso. Están, con todo ello, contribuyendo al daño profundo que se viene infligiendo al derecho penal internacional o, más en general, a todo el derecho internacional de los derechos humanos, el que se sustrae al gusto de los Estados, desde el nefasto día en el que George Walker Bush, tras unas elecciones no muy conformes con el derecho, ocupara la presidencia de los Estados Unidos, esto es desde antes de la terrible matanza del 11 de septiembre de 2001. La inconsciencia de hoy será la lamentación de mañana. La *Operación Gerónimo* continúa no sólo en los Estados Unidos.

Hoja de coca en Naciones Unidas*

Tómese el epígrafe en sentido figurado, de ningún modo en el literal, pues podría haber problemas. En el primer día del periodo de sesiones de este año del Foro Permanente de las Naciones Unidas sobre Cuestiones Indígenas, el lunes 16 de mayo, a varias personas que acudimos a una convocatoria sobre “*El masticado de la hoja de coca y los Derechos de los Pueblos Indígenas*” nos detuvo personal de seguridad para interrogarnos: “¿Llevan ustedes hoja de coca? ¿Piensan masticar hoja de coca en dependencias de las Naciones Unidas?”. Iba en serio. Parecía haber recibido instrucciones. La Convención Única sobre Estupefacientes sigue proscribiendo la hoja de coca en su estado genuino, aquella a la que no se le hubiera “*extraído toda la ecgonina, la cocaína o cualesquiera otros alcaloides de ecgonina*”, tal y como si la cocaína fuera un componente natural de esa especie vegetal. Si llevásemos hoja de coca, estaríamos introduciendo droga ilícita. Si la fuéramos a pijchar, mambear o masticar, o simplemente exponer, estaríamos cometiendo un delito de derecho internacional en las mismas entrañas de las Naciones Unidas.

Convoca el evento la Misión Permanente del Estado Plurinacional de Bolivia ante las Naciones Unidas. Se presentan tres panelistas: Pedro Calderón, dirigente de la Confederación Sindical de Comunidades Interculturales de Bolivia; Douglas Hertzler, profesor de antropología de una Universidad Menonita de Virginia, Estados Unidos, y Pablo Solón, embajador jefe de la Misión del Estado Plurinacional de Bolivia ante las Naciones Unidas. En el panel no figura una voz estrictamente indígena, pero personas indígenas están presentes y también intervienen, entre ellas Isabel Ortega, viceministra de Justicia Indígena Originario Campesina del Estado Plurinacional de Bolivia, y Carlos Mamani, quien ha sido presidente del Foro Permanente sobre Cuestiones Indígenas durante el último año. La reunión resulta tan informativa como reflexiva.

Pedro Calderón informa sobre la trayectoria del asunto en las Naciones Unidas desde la inclusión de la hoja de coca entre los estupefacientes por la Convención de 1961, la llamada Convención Única, hasta la iniciativa de Bolivia en 2009, conforme a la Constitución del Estado Plurinacional (art. 384: “*El Estado protege a la coca originaria y ancestral como patrimonio cultural, recurso natural renovable de la biodiversidad de Bolivia, y como factor de cohesión social; en su estado natural no es estupefaciente...*”), de proponer la reforma de dicha Convención para reconocer el carácter no estupefaciente de la hoja de coca y su valor cultural para pueblos indígenas andinos y amazónicos. Douglas Hertzler explica los motivos de la pros-

* Publicado el 17 de mayo de 2011.

cripción de la hoja de coca por las Naciones Unidas, ninguno científico y todos racistas. Tanto el método de trabajo como el informe final de la comisión que visitó Bolivia en 1949 por encargo de las Naciones Unidas para dictaminar sobre la hoja de coca constituyen todo un monumento de racismo en bruto. La misma iniciativa de que se realizara el estudio representa todo un testimonio del prejuicio racista por entonces claramente imperante en el seno de las Naciones Unidas.

Pablo Solón argumenta sobre el atentado contra los derechos de los pueblos indígenas que supone la persistente proscripción internacional de la hoja de coca. Alega muy especialmente el artículo octavo de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: *“Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura...”*. Destrucción de cultura es, ni más ni menos, lo que supondría la erradicación de la hoja de coca. *“La hoja de coca es un elemento central de unas culturas indígenas”*, subraya Solón. Lo que subrayo a mi vez, pues no se hizo referencia a tan pertinente artículo en la recomendación del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas en su periodo de sesiones de 2009: *“El Foro Permanente reconoce la importancia cultural y médica de la hoja de coca en la región andina y otras regiones indígenas de América del Sur. Asimismo, señala que en la Convención Única de las Naciones Unidas sobre Estupefacientes (1961) se prohíbe específicamente la masticación de la hoja de coca. El Foro Permanente recomienda que se enmienden o deroguen las secciones de la Convención relativas a la costumbre de masticar la hoja de coca que sean incompatibles con los derechos de los pueblos indígenas a conservar sus prácticas tradicionales en materia de salud y cultura reconocidas en los artículos 11, 24 y 31 de la Declaración”* sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (párr. 89).

La fase de coloquio es animada. Las intervenciones indígenas fundamentalmente insisten en que el consumo de la hoja de coca responde no sólo a fines energéticos para el bienestar y el trabajo, sino también a razones medicinales y a usos ceremoniales. La vida social de un buen número de pueblos andinos y amazónicos no se concibe sin la hoja de coca. Ante cuestiones sobre casos similares entre otras culturas, Douglas Hertzler expone su parecer de que se trata de un caso singular en la variopinta antropología de la historia y el presente de la humanidad. A lo más que puede compararse es al café o también al vino, pero ambos son adictivos, como ambos también son potencialmente dañinos, sobre todo el segundo, y sólo éste tiene, para el caso del cristianismo, una significación cultural por ceremonial. Otras especies o productos con funciones culturales entre pueblos indígenas presentan unas características estupefacientes que la hoja de coca no tiene. El atentado flagrante del derecho internacional contra la cultura de pueblos andinos y amazónicos por la prohibición del cultivo y empleo de la hoja de coca es también singular.

Ante la cuestión de cómo va el proceso de reforma de la Convención Única para la exclusión de la hoja de coca, el embajador Solón comunica que dieciocho

Estados se han opuesto con una serie variada de alegaciones entre las que destaca la consideración de que la propuesta boliviana toca a la línea de flotación de la entera Convención, hasta tal extremo pueden llegar los prejuicios supremacistas contra las culturas indígenas. Actualmente, están sopesándose en el Consejo Económico y Social diversas alternativas, lo que podría desembocar en la convocatoria de la Conferencia Internacional prevista por el artículo 47 de la Convención para su reforma en el caso de oposición de algún Estado, pues la de uno bastaría, cuánto más de dieciocho, lo que al fin y cabo, añadido, no alcanza ni al diez por ciento de la constituyencia de miembros de las Naciones Unidas. Pero ya se sabe que en ellas no todos los votos tienen el mismo peso.

El embajador Solón comparte el recuerdo de haber acompañado al presidente Evo Morales en una visita a la sede de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefaciente en Viena. Siguiendo el uso ceremonial andino, desplegaron hojas de coca sobre la mesa de la reunión. Fueron advertidos de que, si a esas hojas no se les habían extraído todos los alcaloides, estaban atentando contra el derecho internacional. Es algo así como si se proscibiera el café en su estado genuino, el no descafeinado, y se persiguiera internacionalmente su cultivo, comercio y consumo. Por lo menos esa Junta de las Naciones Unidas no hizo detener a Evo Morales y Pablo Solón por contrabando de droga ilícita entre América y Europa.

En el evento de ahora, de parte indígena hay confesiones de quienes pijchan o mastican habitualmente hoja de coca y también de un cultivador presente. A nadie se le ocurre que se les vaya ni siquiera a expulsar de la sede de Naciones Unidas, ya no digo perseguirles penalmente. Si a estas alturas, salvo por el protocolo de unos servicios de seguridad (“¿Llevan Ustedes hoja de coca? ¿Piensan masticar hoja de coca en dependencias de las Naciones Unidas?”), la proscripción internacional de la hoja de coca no se toma realmente en serio de modo literal por nadie, ¿a qué viene y para qué sirve entonces? He ahí la pregunta inquietante que ha quedado flotando en el ambiente.

Políticas de la memoria en la ciudad colonial de Nueva York*

En el siglo XVIII la ciudad de Nueva York ocupaba sólo el vértice inferior de la isla de Manhattan, no mucho más de lo que hoy es la zona financiera. Estaba abierta hacia el mar y amurallada hacia tierra por una empalizada que transcurría por lo que luego sería la calle Chambers. Era una ciudad no sólo de colonos inmigrantes de Europa, sino también de africanos, mulatos e indígenas esclavos. La legislación que asistía a los colonos en el control de la población esclava solía referirse a *indian slaves* junto a *niggers* esclavizados y esclavizadas en mayor número. En este rincón de lo que hoy es una inmensa metrópolis se cruzan memorias y también, como si todavía tuvieran algo o tal vez bastante de colonial, entran en liza unas muy desiguales políticas de la memoria.

Existe, por ejemplo, el *Federal Hall National Memorial* [Memorial Nacional de la Estancia Federal], con su edificio actual ya de época de la independencia, representando la memoria excluyente del sector de descendencia colonial fundador de los Estados Unidos. Como testigo más genuino e incluso militante de este contingente de población, también se tiene en la Nueva York nuclear la *Saint Paul's Chapel*, la Iglesia de San Pablo que ahora intenta vanamente superar esa estrechez de memoria de su origen netamente colonial. En la misma zona existen memoriales de historias deliberadamente particulares como el *Irish Hunger Memorial*, el Memorial de la Hambruna Irlandesa que expulsó en el siglo XIX a tantos y tantas de la Irlanda entonces británica hacia los Estados Unidos, o el *Museum of Jewish Heritage*, el Museo del Legado Judío, memorial del Holocausto que no provocó tanta inmigración puesto que por entonces Estados Unidos había adoptado una política restrictiva respecto a la población judía.

Se encuentra también en la zona de raigambre colonial de la ciudad de Nueva York el *National Museum of the American Indian*, el Museo Nacional del Indígena Estadounidense del Instituto Smithsonian, que no es en absoluto un memorial del genocidio sufrido por los pueblos indígenas a lo ancho del territorio actual de los Estados Unidos. Y está en fase de realización, con sede provisional, el *9/11 Memorial*, Memorial del 11 de Septiembre que, aunque no se diga de este modo, rememora un genocidio, el intentado por quienes quieren borrar a los Estados Unidos de la faz de la tierra. Ahora, más reciente incluso, también se tiene un memorial dedicado a recuperar una memoria que estaba perdida en esta urbe salvo por quienes des-

* Publicado el 23 de mayo de 2011.

cienden de cuantos y cuantas sufrieron un desplazamiento forzoso desde latitudes distantes y una esclavitud con ello más inhumana de lo que lo es toda. Es el *African Burial Ground*, la Tierra del Enterramiento o Camposanto Africano. Camposanto le digo porque se presenta también justamente como *Sacred Ground*, Tierra Sagrada africana.

Rememoro brevemente su historia. Al final de los años 80 del siglo pasado, el siglo XX, los planes de construcción de nuevos edificios federales en el bajo Broadway, en las afueras de la otrora ciudad colonial, exactamente tras la calle Chambers por donde transcurriera la empalizada en tiempos colonial, se detectó la existencia de un cementerio de esclavos. Aparecieron restos que intentaron ocultarse, pero un descubrimiento como éste es difícil de mantener por mucho tiempo en secreto. En 1991 se hizo público el hallazgo del cementerio provocándose la excitación no sólo de especialistas en historia. Del sector afrodescendiente de la ciudadanía estadounidense vinieron reacciones indignadas, exigiéndose la paralización de las obras, la recuperación de todos los restos y la consagración de toda el área del antiguo cementerio a memorial de la esclavitud en general y de los esclavos y esclavas de Nueva York en particular. Se calculaba que podía haber restos de más de quince mil cadáveres, de los que se habían exhumado unos cuatrocientos.

La Administración, la federal llamada nacional, se resistía, pero no tuvo más remedio que entrar en conversaciones ante el movimiento de solidaridad desencadenado. Se celebraron reuniones entre representación afroamericana, ellas y ellos, y representación federal, sólo ellos y ninguno afroamericano, concluyendo una más sonada, que fue grabada, con el espectáculo patético de los servidores públicos humillados por su falta de sensibilidad y perplejos por la firmeza de quienes reclamaban el memorial. Finalmente, en 1993, se alcanza un acuerdo. La Administración construiría sus edificios reservándose al memorial una pequeña extensión del gran solar. Los esqueletos exhumados serían trasladados a una universidad caracterizadamente afroamericana, la Howard University de Washington, para su recomposición e individualización antes de retornarlos a una sepultura más digna en la misma zona de Nueva York. Así se haría con 419 cadáveres. Los restantes quince mil quedarían bajo los cimientos de los nuevos edificios, como si sus cuerpos o ahora sólo los huesos fueran, igual que en tiempos de la esclavitud, materiales de construcción.

En el año 2003 se trasladaron de vuelta, desde Washington a Nueva York, los féretros con restos ya individualizados pero no identificados, entre los que se llamaron *Rites of Ancestral Return* [Ritos del Retorno Ancestral], que duraron una semana. Algo después, en 2007, se inaugura el *African Burial Memorial*. Un Centro del Visitante para información y reflexión sobre historia afroestadounidense en general y afroneoyorquina en particular se abre no hace ni año y medio, a principios de 2010. Todo es así de reciente. El Memorial estrictamente dicho es

un sitio bello y austero, pensado para el recogimiento. Una rampa entre muros de piedra negra o un atrio del mismo material conducen hacia una pequeña rotonda con el mapa de los continentes en el piso, un mapa en el que está trazado el *Circle of the Diaspora*, el Círculo de la Diáspora africana. En el muro más alto de la rampa se despliegan símbolos tradicionales de una diversidad de culturas, fundamentalmente africanas. Figura la *Medicine Wheel*, el Anillo de la Salud indígena, que se sitúa junto a la cruz cristiana, sólo la cruz, sin su figura no africana. Conviene visitarse el Memorial tanto antes como después de recibirse toda la información que se pueda en el Centro del Visitante, casi contiguo.

Recomiendo la experiencia de visitar a continuación la Iglesia de San Pablo, que se encuentra a dos pasos, ya dentro del recinto de la empalizada de antaño. Lo primero que uno o una se encuentra es un cementerio de lápidas de piedras con inscripciones legibles sobre las personas allí enterradas. Los esclavos y esclavas se enterraban en unos ataúdes de madera sin calidad para servir de soporte a inscripciones de identidad perdurables; si hubo identificaciones sobre la superficie, lo que es improbable pues el cementerio no era legal, serían pronto destruidas sin dejar rastro. El cementerio colonial de la Iglesia de San Pablo se conserva en su integridad. La primera vez que la visité hace años ya se había convertido en un memorial de tiempos coloniales y de una independencia sin cesura en estructuras de dominio. El recuerdo se concentra en la figura de George Washington, quien frecuentaba esta iglesia. A ella acudió tras prestar juramento como primer presidente de los Estados Unidos de América en el edificio al que sucedió lo que hoy es el *Federal Hall National Memorial* y que entonces era la sede del Congreso de los Estados Unidos.

La Iglesia de San Pablo alberga ahora un nuevo memorial sin menoscabo alguno del primero. Cercana al lugar que ocupaban las Torres Gemelas antes del 11 de septiembre de 2001, vivió intensamente la atención a supervivientes y a personal profesional y voluntario en labores de rescate, convirtiéndose además en altar de imágenes y objetos en memoria de las víctimas. Ahí permanece una selección suscitando emoción en las visitas. He visto lágrimas en los ojos de personas tanto jóvenes como adultas. Y he tenido que reprimir las mías. El nuevo memorial también se dedica a las víctimas de algunas otras matanzas cometidas por al-Qaeda, como la del 11 de marzo de 2005 en Madrid o la del 7 de julio de 2007 en Londres, pero no a las de masacres por latitudes no europeas ni euroamericanas, ni siquiera a las perpetradas también por al-Qaeda, como las del 12 de octubre de 2002 y 1 de octubre de 2005 en Kuta, Bali, Indonesia, o la del 2 de marzo de 2004 en Ashura, Irak. Una campana obsequiada por la ciudad de Londres para recuerdo de las víctimas del terrorismo sólo se hace repicar los 11 de septiembre, 7 de julio y 11 de marzo.

En el *African Burial Memorial* nadie llora. Es un lugar de reflexión, no de efusión; de solidaridad, no de gregarismo. La Iglesia de San Pablo es un lugar donde

acude el turismo masivo, el doméstico y el internacional, con su capacidad añadida de atracción tras el 11 de septiembre. Es el memorial colonial el que se ha triplicado en la Iglesia de San Pablo. En el Memorial del Camposanto Africano sólo me encontré con personas afroamericanas o, quizás también, africanas. Sentí alrededor emoción, pero no sollozos. Lo que impera es la serenidad. *Return to the past to build the future*, regresar al pasado a fin de construir el futuro, es lema inspirador del *African Burial Memorial*.

Una amabilísima recepcionista, afroamericana, en el Centro del Visitante, me preguntó por cómo me había enterado de *our Memorial*, “nuestro” por afroamericano. Amable como digo, no manifestó su extrañeza al ver entrar por las puertas a alguien con pinta inevitable de turista. Adquirí alguna publicación y firmé en el libro de visitas con un breve comentario: “*My first time here. I’ll recommend the visit*”. Es lo que estoy haciendo, recomendar la visita por razones más de fondo que la de sosiego del sitio.

Si a todo esto agregamos la inexistencia en la Nueva York nuclear de algún memorial del genocidio de indígenas o ni siquiera de memorial alguno indígena, pues el Museo Nacional Smithsonian del Indígena Estadounidense en rigor no lo es, cabe concluir con lo ya dicho de que el colonialismo todavía pesa en la profunda desigualdad de unas políticas de la memoria. Por poco que se observe, aun con toda su extraordinaria convivencia de culturas y sensibilidades, Nueva York presta testimonio gráfico y vivo.

Defensa penal internacional de los derechos de los pueblos indígenas*

I. Introducción

En su periodo noveno de sesiones, el correspondiente al año 2010, el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas adoptó la decisión de designar a Bartolomé Clavero, uno de sus miembros, como Relator Especial para la realización de un estudio sobre “*derecho penal internacional y defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas*”.¹ La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece que “*los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio (...)*” (artículo 7.2). Tal mención específica del genocidio contra pueblos indígenas ha sido necesaria porque, como tales pueblos, se han visto privados de protección penal internacional de sus derechos incluso más fundamentales. Este estudio acude a sopesar el alcance de dicha mención.

El cuerpo normativo del actual derecho penal internacional se inicia a finales de 1948 con una norma casi estrictamente coetánea de la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio. Puede decirse que esta Declaración y esta Convención constituyen las normas fundacionales del derecho internacional de los derechos humanos que las Naciones Unidas reconocen e impulsan desde su propia fundación. Sin embargo, esta Declaración y esta Convención no son normas que se complementen pues no contemplan una misma clase de derechos. La Convención para la Protección y Sanción del Delito de Genocidio no ofrece defensa penal internacional para los derechos registrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, sino, implícitamente, para otro derecho que es de carácter colectivo, el derecho a la existencia y, cabe añadir, a la dignidad de todo “*grupo nacional, étnico, racial o religioso*”. La necesaria defensa penal de los derechos humanos proclamados por la Declaración, tipificándose figuras delictivas y habilitándose procedimientos judiciales, quedaba encomendada a los Estados.

Como está dicho, el presente estudio sobre “*derecho penal internacional y defensa judicial de los derechos de los pueblos indígenas*” quiere considerar la novedad efectiva del delito de genocidio contra pueblos indígenas a la luz

* Publicado el 30 de diciembre de 2010. Una versión resumida se publica en sitio de las Naciones Unidas: http://www.un.org/esa/socdev/unpfii/es/session_tenth.html (E/C.19/2011/4). La misma se presentó en el décimo periodo de sesiones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, 16-27 de mayo del 2011. El estilo responde al encargo.

de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Se propone identificar los obstáculos que han venido dificultando tal protección penal internacional así como ponderar las posibilidades ahora abiertas. En consecuencia, ha de revisar una historia para venir a un presente y vislumbrar un futuro.

II. La Convención sobre el Genocidio y los pueblos indígenas

Un pueblo indígena se cualifica naturalmente como *grupo nacional, étnico, racial* o incluso, en su caso, *religioso*, por lo que su derecho a una existencia digna habría quedado reconocido y protegido internacionalmente por parte y a partir de la Convención sobre el Genocidio. No ha sido así de hecho. Lo primero que conviene considerar son las razones de esta exclusión.

En el proyecto oficial de la Convención sobre el Genocidio presentado por el Secretario General de Naciones Unidas la inclusión de los pueblos indígenas resultaba en cambio patente porque se contemplaban supuestos de agresión a las culturas de grupos que objetivamente se correspondían con políticas usuales de los Estados frente a dichos pueblos. Brasil se opuso arguyendo que ello permitiría a “*las minorías*” oponerse a políticas necesarias para la construcción de los Estados y la igualdad de su ciudadanía. Nueva Zelanda, Sudáfrica y Canadá secundaron a Brasil. Los Estados americanos junto a los Estados europeos todavía por entonces coloniales, como Gran Bretaña, Francia y Bélgica, respaldaban la postura de Brasil. Requirieron que se incluyese en la Convención una *cláusula colonial* o de habilitación a las metrópolis para extender o no sus disposiciones a las colonias o para hacerlo con modulaciones. Con todo ello, desapareció prácticamente del texto final lo que luego, en consecuencia, se entendería como una categoría distinta de genocidio, la del *genocidio cultural*.²

El genocidio cultural o, más en general, el genocidio por medios no directamente sangrientos, tan sólo permaneció en la Convención para supuestos extremadamente graves de dichas políticas de homogeneización de ciudadanía: “*lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo*”, “*traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo*”... En todo caso, el genocidio sin más, *tout court*, quedó tipificado no sólo como “*matanza de miembros del grupo*” perpetrada “*con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso*”, sino también por supuestos no sangrientos de destrucción intencionada total o parcial de un grupo que podía ser perfectamente un pueblo indígena, todo ello según la tipificación contenida en el artículo segundo de la Convención³. Sin embargo, Brasil expresó el entendimiento generalizado por entonces en el seno de las Naciones Unidas conforme al cual un pueblo indígena es una minoría destinada a fundirse con la ciudadanía del Estado y, de este modo, a desaparecer

como tal. Conforme a este entendimiento, solamente la destrucción física intencionada total o parcial de un pueblo indígena sería un supuesto constitutivo de genocidio.

Era el entendimiento extremadamente reducido de genocidio en el caso indígena que resultaba en teoría, pero ni siquiera esto se mantuvo en la práctica. En general, en cuanto que la Convención entró en vigor a principios de 1951 se apreciaron las dificultades de su aplicación. Así por ejemplo, sin lograr eco alguno en las Naciones Unidas, una asociación de derechos civiles presentó inmediatamente el caso de la destrucción parcial intencionada del *grupo* afroamericano en los Estados Unidos.⁴ Se interponían problemas patentes como el de que los Estados Unidos tardaría todavía en ratificar la Convención por problemas precisamente como el de la impunidad de delitos raciales sangrientos contra afroamericanos,⁵ o también se interponía el hecho de que, conforme a la Convención, sólo los Estados estaban legitimados para presentar casos de genocidio contra otros Estados ante las Naciones Unidas o en especial ante la Corte Internacional de Justicia, la jurisdicción internacional competente según siempre la misma Convención (arts. 8 y 9).

En el caso de colonialismo abierto todavía persistente, la Convención no se aplicaba de entrada para protección de los pueblos indígenas afectados, limitándose su vigencia, mediante la *cláusula colonial* dicha, al territorio metropolitano de los Estados que lo ratificasen. Era necesaria una comunicación ulterior del Estado al Secretario General de las Naciones Unidas para que la Convención se extendiese “a todos los territorios o a uno cualquiera de los territorios de cuyas relaciones exteriores sea responsable” el respectivo Estado, esto es, eufemísticamente, a sus colonias (art. 12). La Convención sobre el Genocidio se produjo en el contexto de un derecho de tratados que excluía de los compromisos internacionales de los Estados a las colonias, por lo que la Declaración de los Derechos Humanos hubo de contener una previsión explícita en contrario, bien que de improbable eficacia mientras que el colonialismo se mantuviera (art. 2.2).⁶

Tan significativa exclusión de las colonias en la Convención sobre el Genocidio no era aplicable a los pueblos indígenas sitios en el interior de las fronteras del Estado, pero contaminación pudo producirse reforzando la inoperatividad de la Convención en lo que pudiera interesar a todos los pueblos indígenas. Hubo más que podía igualmente afectarles. Una vez que se había impuesto el entendimiento expresado por Brasil y de que el contexto de derecho internacional excluía a pueblos indígenas, ni siquiera los casos de destrucción física intencionada parcial de los mismos se entendían de hecho como genocidio en los círculos de las Naciones Unidas. Y ningún Estado se mostraba dispuesto a presentarlos ante la Corte Internacional de Justicia.⁷ En todo caso, la dificultad procesal no era ni es la única. Desde tiempos abiertamente coloniales y todavía hoy al menos en latitudes como las americanas, el genocidio de pueblos indígenas viene siendo literalmente invisible.⁸

Ante la inoperancia patente de la tipificación internacional del genocidio para la protección de los pueblos indígenas comenzaron a difundirse otros conceptos capaces de deslegitimar políticas que persiguen su desaparición en cuanto tales. Desde los años setenta, ha cobrado sobre todo auge el concepto de *etnocidio* entendiéndose que descalificaba el genocidio cultural, limitándose al mismo, mientras que *genocidio* haría lo propio tan sólo con el genocidio físico. Así se ha creado un nuevo problema sin resolverse ninguno. Etnocidio no es una categoría que ofrezca base para la defensa judicial internacional de los pueblos indígenas. Genocidio, que sí ofrece dicha posibilidad, tiene en derecho internacional, conforme a la Convención, un sentido más amplio que el de exterminio físico, lo cual, con dicha contraposición del etnocidio, viene a perderse.⁹

Lo propio puede decirse de propuestas posteriores, como en tiempos más recientes, en el contexto precisamente de recuperar la tipificación internacional del genocidio en defensa de los pueblos indígenas, la propuesta de la categoría específica de *indigenocidio*, otra que sumar a categorías perfectamente inoperantes en derecho penal internacional.¹⁰ A efectos jurídicos, a los efectos más concretos de la defensa penal internacional de los pueblos indígenas, lo que importa no es que haya un abanico de categorías que identifiquen y clasifiquen las diversas formas de agresión a un *grupo nacional, étnico, racial o religioso*. Lo que interesa es si las mismas se subsumen o no en figuras delictivas tipificadas por el derecho internacional para proceder ante la justicia en defensa del grupo afectado.

El auge reciente de la calificación como *limpieza étnica* de políticas que pudieran resultar genocidas, según la tipificación del *genocidio* por el derecho internacional, ha sido una forma de eludir responsabilidades e incluso de amparar impunidad. Limpieza étnica puede ser un óptimo descriptor, por expresivo, a efectos periodísticos e incluso científicos, pero resulta un pésimo sintagma, por inoperativo, en el campo del derecho.¹¹ Lo mismo cabe decir de etnocidio y de genocidio cultural como expresiones completamente diferenciadas del *genocidio* penalmente tipificado. No raramente se utilizan algunas de esas expresiones o ambas para rehuir los efectos jurídicos del empleo de la palabra genocidio cuando se está ante la evidencia¹².

En el propio seno de las Naciones Unidas, en los procesos tanto de tomar en cuenta la existencia y dignidad de los pueblos indígenas como de desarrollar el derecho penal internacional a partir de la Convención sobre el Genocidio, se ha adoptado la categoría de *etnocidio* significando genocidio cultural, la forma de genocidio que de esta forma se excluye del *genocidio* sin más, del genocidio realmente tipificado por el derecho internacional sin excluir las formas más graves del genocidio cultural.¹³ Al hacerse cargo del desarrollo del derecho penal internacional al tiempo de establecer la correspondiente corte, la Corte Penal Internacional, el Estatuto de la misma no ha seguido la vía de sumar nuevos supuestos de genocidios al tipificado por la Convención. Ha adoptado otro planteamiento tampoco exento de problemas.

III. El Estatuto de la Corte Penal Internacional y los pueblos indígenas

El Estatuto de la Corte Penal Internacional entra en vigor en 2002 repitiendo literalmente, por lo que respecta al genocidio, la tipificación de la Convención sin replanteamiento ni revisión ni actualización de ningún tipo. El artículo sexto del Estatuto es una réplica exacta del artículo segundo de la Convención, salvo la natural sustitución de una referencia inicial: “*A los efectos de la presente Convención*” por “*A los efectos del presente Estatuto*”. El Estatuto no se ha tomado como ocasión para reintegrar el tipo penal de genocidio con supuestos que figuraron originalmente en el proyecto y que no se encuentran en la Convención definitiva ni tampoco ha sido ocasión para identificar mejor los grupos protegidos, como por ejemplo los pueblos indígenas, o los derechos amparados, como por ejemplo, el derecho a la propia existencia como pueblos, el derecho a la propia cultura o el derecho al propio territorio y a sus recursos vitales. No ha sido así, pero el nuevo contexto estatutario y jurisdiccional del viejo delito de genocidio, del mismo tipo penal, trae novedades que podrán interesar a la protección internacional de los pueblos indígenas y de sus derechos.

Ante todo, el delito de genocidio deja de ser a efectos prácticos procesales en el orden internacional un asunto exclusivo entre Estados, que sólo los Estados pueden formalmente denunciar y del que sólo los Estados pueden ser penalmente responsables. La misma Convención ya contemplaba la responsabilidad de las personas, sólo que encomendando a los Estados la competencia exclusiva para dirimirla. Según la Convención, pueden en efecto someterse a acusación por genocidio “*gobernantes, funcionarios o particulares*” ya “*por un tribunal competente del Estado en cuyo territorio el acto fue cometido*”, ya “*ante la corte penal internacional que sea competente respecto a aquellas de las Partes contratantes que hayan reconocido su jurisdicción*”, esto es los *gobernantes* de los Estados ante la Corte Internacional de Justicia. La Corte Penal Internacional que pueda juzgar a individuos sólo se establece al cabo de más de medio siglo. Dada la extrema dificultad de probar la responsabilidad penal de la cúspide del Estado ante la Corte Internacional de Justicia, mayor aún para los pueblos indígenas por todo lo visto, es buena noticia que los individuos como tales, inclusive *gobernantes y funcionarios* o funcionarias, puedan ser acusados de delitos internacionalmente tipificados ante la Corte Penal Internacional.

Por virtud del mismo Estatuto de la Corte Penal Internacional, ya no sólo el genocidio es delito internacionalmente tipificado. También ahora, conforme al inciso primero del artículo séptimo del Estatuto, pueden ser delitos internacionales, como verdaderos *crímenes de lesa humanidad*,¹⁴ el asesinato selectivo o la desaparición provocada, por ejemplo, de líderes o lideresas indígenas; el desplazamiento forzoso u otra forma de privación del territorio del pueblo o de sus recursos vitales; la reclusión o el confinamiento colectivos; la denegación del de-

recho de participación como pueblos; las políticas o las acciones inhumanas que les causen sufrimientos sin necesidad de llegar a producir daños físicos o mentales permanentes, inclusive desde luego las agresiones sexuales, etc. En suma cabe decir que toda forma de “*ataque generalizado o sistemático*” contra un pueblo indígena, de cualquier forma y por cualquier agente que se cometa, puede constituir un crimen de lesa humanidad y, como tal, denunciante ante la Corte Penal Internacional o perseguible por la misma sin necesidad ahora de la formalización de denuncia.

Es otra novedad de primer orden. Al contrario que la Corte Internacional de Justicia, la Corte Penal Internacional está dotada de una Fiscalía que puede actuar de oficio: “*El Fiscal podrá iniciar de oficio una investigación sobre la base de información acerca de un crimen de la competencia de la Corte. El Fiscal analizará la veracidad de la información recibida. Con tal fin, podrá recabar más información de los Estados, los órganos de las Naciones Unidas, las organizaciones intergubernamentales o no gubernamentales u otras fuentes fidedignas que considere apropiadas y podrá recibir testimonios escritos u orales en la sede de la Corte*” (Estatuto, artículo 15.1 y 15.2). A los efectos de persecución de delitos internacionalmente tipificados, la Corte Penal Internacional puede adoptar posiciones activistas sin comparación con las posibilidades muy limitadas de la Corte Internacional de Justicia.

Desde Estados que tengan ratificado el Estatuto de la Corte o que acepten su jurisdicción para el caso concreto y que no se estén haciendo cargo de la investigación y el enjuiciamiento correspondientes, de parte indígena o de organizaciones defensoras de derechos humanos puede remitirse directamente información a la Fiscalía sobre indicios o evidencias de genocidio o de crímenes de lesa humanidad a fin de que la misma ponga en marcha la investigación correspondiente. La información puede contener por supuesto indicación de presuntos culpables, de personas individuales o, según ya decía la Convención sobre el Genocidio, “*gobernantes, funcionarios o particulares*”, todos en cuanto que individuos como mejor corresponde a la responsabilidad de carácter penal, o tan sólo la exposición de hechos quedando a la propia Fiscalía la identificación de presuntos responsables. Y puede en efecto tratarse de actos presuntamente constitutivos no sólo de genocidio, sino también de crímenes de lesa humanidad, de esos crímenes cuya misma tipificación parece estar describiendo políticas y acciones todavía hoy bastante usuales frente a pueblos indígenas a lo ancho del mundo.

Suele entenderse que los crímenes de lesa humanidad, como el mismo genocidio, ya formaban parte de un derecho consuetudinario internacional cuya prevención y persecución viene ahora a asegurarse con el establecimiento de la Corte Penal Internacional¹⁵. Pudiera ser, pero ello no ha servido en absoluto para la protección de los pueblos indígenas y de sus derechos fundamentales como tales. Ya la aplicación parcial de un derecho penal internacional consuetudinario tras la Segunda Guerra Mundial con anterioridad a la adopción de la

Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio demostró hasta qué punto la costumbre no es buena fuente para el derecho penal ni ofrece garantía de igualdad ante el mismo. Una vez que ya se cuenta con un derecho penal internacional estatutario para algunos crímenes más que el de genocidio y además con la jurisdicción correspondiente, no tendría justificación ni explicación que los pueblos indígenas no tuviesen la posibilidad efectiva de protección penal en el ámbito internacional de sus derechos fundamentales en cuanto que pueblos.

IV. Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y crímenes internacionales

El proyecto de Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas elaborado por el Grupo de Trabajo sobre Poblaciones Indígenas que se presentó a la Comisión de Derechos Humanos en 1994 hacía la mención sobre el genocidio ya citada (“*los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos y no serán sometidos a ningún acto de genocidio*”) y otra más que no llegaría a la versión definitiva en el 2007: “*Los pueblos indígenas tienen el derecho colectivo e individual de no ser sometidos a etnocidio ni a genocidio cultural*”. Fue una de las no numerosas modificaciones sufridas por el texto de la Declaración entre el Grupo de Trabajo y la Asamblea General¹⁶. Es la que nos interesa. ¿Qué se suprimió realmente al eliminarse la segunda mención? ¿Qué sentido y alcance mantiene la primera y ya única mención del genocidio en el contexto del actual derecho penal internacional en general y de la misma Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas en concreto?

La mención finalmente desaparecida tenía una finalidad patente. En relación con la Convención sobre el Genocidio, con sus señaladas limitaciones, se trataba de recuperar la tipificación como delito del genocidio perpetrado a través de políticas frontalmente lesivas contra las culturas indígenas. Con relación al Estatuto de la Corte Penal Internacional, se trataba de incluir, aun con otro lenguaje, los supuestos de crímenes de lesa humanidad a los que no alcanzaba la tipificación dada del genocidio. De hecho, se podía haber suprimido el lenguaje no homologado por el derecho penal internacional, el de “*etnocidio*” y “*genocidio cultural*”, por el de “*crímenes de lesa humanidad*” del Estatuto de la Corte Penal Internacional, pero lo primero fue suprimido sin sustitución alguna con la intención aparente de debilitar la protección penal internacional de los pueblos indígenas y sus derechos en cuanto tales, en cuanto que pueblos. La cuestión radica entonces en si esta finalidad se ha conseguido.

El Estatuto de la Corte Penal Internacional ha mantenido el lenguaje de la Convención sobre el Genocidio a todos los efectos referentes al mismo de for-

ma específica, inclusive el de la identificación de los sujetos cuya existencia y dignidad se protege, todo “*grupo nacional, étnico, racial o religioso*”, pese a que el apelativo de *grupo* no tiene homologación como sujeto colectivo en el derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas realiza una corrección en este punto. Un sujeto colectivo cuyos derechos fundamentales han de ser internacionalmente protegidos incluso por medio del derecho penal internacional es el *pueblo indígena*. Comenzando por la Fiscalía, la Corte Penal Internacional ha de tomar muy especialmente en cuenta dicha identificación a los efectos y en los términos de protección penal de la existencia y la dignidad de pueblos en cuanto que tales pueblos, los pueblos indígenas conforme a la Declaración de sus derechos.

Los derechos que han de protegerse incluso por la vía penal figuran en la Declaración misma. No han desaparecido porque se eliminase la referencia a etnocidio y a genocidio cultural que miraba a dicha protección. Ahí están no sólo “*el derecho colectivo de vivir en libertad, paz y seguridad como pueblos distintos*” respecto a cuya protección se menciona el genocidio (artículo 7.2), sino también a continuación, en el lugar donde se había hecho mención del etnocidio y del genocidio cultural, el “*derecho a no sufrir la asimilación forzada o la destrucción de su cultura*” (artículo 8.1). Aunque se argumentase que este derecho no está protegido por la tipificación del genocidio, lo estará en todo caso por la adición ya estatutaria de los crímenes de lesa humanidad. En todo caso, la debida interpretación cruzada de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Estatuto de la Corte Penal Internacional conduce a la conclusión de que los derechos de la primera relevantes para la existencia y dignidad de los pueblos indígenas en cuanto que pueblos han de gozar de la protección específica del derecho penal internacional y, por tanto, de la Corte Penal Internacional.

Ninguna norma debe interpretarse de forma aislada respecto al ordenamiento al que pertenece o en el que viene a incardinarse. Esto conviene subrayarlo para todo lo referente a la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, un instrumento perteneciente al derecho internacional de los derechos humanos. Las normas declarativas o convencionales de derechos humanos no suelen ocuparse de su protección en el campo penal. La misma mención del genocidio por la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituye una excepción al uso común, una excepción que no agota en absoluto la protección penal de tales derechos. Esto es materia del Estatuto de la Corte Penal Internacional para el que de ninguna manera, tras la Declaración, puede entenderse exclusión o reducción de la protección internacional penal de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas frente a políticas o acciones que pudieran incurrir en genocidio o en algún crimen de lesa humanidad.

El artículo 42 de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reza así: “*Las Naciones Unidas, sus órganos, incluido el Foro Permanente para las*

Cuestiones Indígenas, y los organismos especializados, en particular a nivel local, así como los Estados, promoverán el respeto y la plena aplicación de las disposiciones de la presente Declaración y velarán por su eficacia”. Es un artículo que ante todo vincula a todas las instancias internacionales de la órbita institucional o de la entera constelación de las Naciones Unidas.¹⁷ La Corte Penal Internacional no puede sustraerse a dicha vinculación debilitando o postergando la necesaria protección internacional penal de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas en cuanto que tales pueblos.

Por otra parte, dado el valor normativo que el artículo 42 confiere a la Declaración y dados los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones que fueran aprobados por la Asamblea General en 2005, las Naciones Unidas se encuentran obligadas a la creación de instancias o al establecimiento de mecanismos para la reparación de las graves violaciones de derechos humanos de las que han sido víctimas los pueblos indígenas con anterioridad al propio desarrollo convencional y estatutario del derecho penal internacional.¹⁸

V. Observación del Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

El actual Relator Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, profesor James Anaya, efectuó una visita oficial a Colombia a mediados del año 2009. En su informe *La situación de los pueblos indígenas en Colombia: seguimiento a las recomendaciones hechas por el Relator Especial anterior* (profesor Rodolfo Stavenhagen), entre sus conclusiones y recomendaciones, se contiene la siguiente indicación perentoria: “*Se urge al Estado a invitar al Asesor Especial para la Prevención del Genocidio de las Naciones Unidas para monitorear la situación de las comunidades indígenas que se encuentran amenazadas con el exterminio cultural o físico, según la Corte Constitucional en su Auto 004. Asimismo, insta al Estado a continuar su cooperación con el Fiscal de la Corte Penal Internacional.*”¹⁹ El Fiscal había visitado Colombia, pero sobre la investigación de la Fiscalía no se tienen noticias actualizadas. El Asesor Especial del Secretario General para la Prevención del Genocidio ha dado también muestras de estar alerta. No hay más que sea público de momento.²⁰

La alerta la lanza el relator Anaya con base en el mencionado Auto 004/2009 de la Corte Constitucional de Colombia. Ahí, en un documento de tal autoridad, se encuentran los indicios de genocidio y de crímenes de lesa humanidad. La Corte Constitucional constata “*la vulneración múltiple, masiva y continua de*

derechos fundamentales” de las comunidades indígenas e identifica hasta treinta y cuatro pueblos “*en riesgo de extinción*” por “*el exterminio de algunas comunidades, sea desde el punto de vista cultural en razón al desplazamiento y dispersión de sus miembros como desde el punto de vista físico debido a la muerte natural o violenta de sus integrantes*”, tal es “*la enorme gravedad de su situación*” provocada en gran parte por agentes no difícilmente identificables. La Corte Constitucional presenta evidencia de crímenes de lesa humanidad y hasta de genocidio sin identificarlas como tales.²¹ En esto se basa el relator Anaya para sus recomendaciones, la más directa al Asesor Especial para la Prevención del Genocidio y la más indirecta al Fiscal de la Corte Penal Internacional.

Dadas las evidencias judiciales del Auto 004/2009 de la Corte Constitucional de Colombia, lo que puede sorprender es que de momento el toque de atención del relator Anaya no haya tenido mayor efecto que sea público. Tampoco interiormente la justicia penal colombiana ha reaccionado ante el susodicho Auto constitucional mediante los consiguientes procesamientos. La falta de eco inmediato y operante de la alerta de genocidio en Colombia hace temer que no se han superado completamente los referidos hándicaps de la segunda mitad del siglo veinte, los que hacían prácticamente invisibles los genocidios y los crímenes de lesa humanidad, estos los de derecho por entonces consuetudinario, perpetrados contra pueblos indígenas.

Tan inquietante sospecha debe especialmente dirigirse a la Fiscalía de la Corte Penal Internacional. ¿Hay razones para la inhibición como si la justicia interna, la del Estado colombiano, se hubiese hecho enteramente cargo? Este caso dista mucho por supuesto de ser el único ni siquiera en la región.²² Los pueblos indígenas siguen siendo vulnerables por doquier al genocidio y a crímenes de lesa humanidad entre otras razones porque los respectivos Estados no los previenen o, de prevenirlos, no los persiguen ni sancionan con eficacia.²³ Esto precisamente marca el supuesto de intervención de la Fiscalía internacional.

VI. Conclusiones

Con la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas y el Estatuto de la Corte Penal Internacional, se han abierto importantes posibilidades de defensa penal de los derechos de los pueblos indígenas en el ámbito internacional. Son posibilidades todavía inéditas ante todo por la razón de que sigue pesando una visión del derecho penal internacional que se consolidó en tiempos anteriores, particularmente bajo la Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, y para la cual, para tal visión, los pueblos indígenas no se cualifican a efectos de la protección correspondiente de orden penal. En teoría, estaban desde luego penalmente protegidos desde la Convención sobre el Genocidio. En la

práctica, tal protección no ha sido factible. De aquí ha procedido la necesidad de que la Declaración haga referencia al derecho de los pueblos indígenas a no ser sometidos a “ningún acto de genocidio”.

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas está clamando por un cambio de perspectivas en cuya virtud los derechos fundamentales para la existencia y la dignidad de los pueblos indígenas puedan y deban ser protegidos contra las todavía usuales políticas y acciones de todo tipo de agentes, no sólo de los Estados, virtualmente constitutivas de delito de genocidio y de crímenes de lesa humanidad. En cuanto a este delito y estos crímenes, de los que todavía siguen siendo víctimas pueblos indígenas, y respecto a Estados parte del Estatuto de la Corte Penal Internacional, es esta institución la competente. Su Fiscalía debe incluso actuar de oficio en los casos más notorios.

En todo caso y especialmente para los supuestos que escapen a la competencia de la Corte Penal Internacional, en consecuencia con el artículo 42 de la Declaración, Naciones Unidas ha contraído la obligación de establecer mecanismos para suministrar remedio a las graves violaciones de los derechos de los pueblos indígenas que puedan cometerse y para la reparación de los cometidos.²⁴

Notas

- 1 E/C.19/2010/15, párrafo 144.
- 2 William A. Schabas, *Genocide in International Law: The Crime of Crimes*, Cambridge University Press, 2000, pp. 184-185, con otra perspectiva; Hired Abtahi y Philippa Webb, *The Genocide Convention: The Travaux Préparatoires*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 2070-2071.
- 3 Recordemos: “En la presente Convención, se entiende por genocidio cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir, total o parcialmente, a un grupo nacional, étnico, racial o religioso, como tal: a) Matanza de miembros del grupo; b) Lesión grave a la integridad física o mental de los miembros del grupo; c) Sometimiento intencional del grupo a condiciones de existencia que hayan de acarrear su destrucción física, total o parcial; d) Medidas destinadas a impedir los nacimientos en el seno del grupo; e) Traslado por fuerza de niños del grupo a otro grupo.”
- 4 Civil Rights Congress, *We Charge Genocide: The Historic Petition to the United Nations for Relief for a Crime of the United States Government against the Negro People* (1951), International Publishers, 1970.
- 5 Lawrence J. LeBlanc, *The United States and the Genocide Convention*, Duke University Press, 1991.
- 6 Recordemos: “Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía”.
- 7 Sobre el caso más notorio, Alejandro Parellada y María de Lourdes Beldi (eds.), *Los Aché de Paraguay: Discusión de un Genocidio*, IWGIA, 2008.
- 8 B. Clavero, *Genocidio y Justicia: La Destrucción de las Indias Ayer y Hoy*, Marcial Pons, 2002; Elazar Barkan, *Genocides of Indigenous Peoples*, in Robert Gellately and Ben Kiernan (eds.), *The Specter of Genocide: Mass Murder in Historical Perspective*, New York, Cambridge University Press, 2003, pp. 117-139; Ward Churchill, *Kill the Indian, Save the Man: The Genocidal Impact of American Indian Residential Schools*, City Lights, 2004, particularmente, respecto a la categoría de genocidio, pp. 3-12.
- 9 Robert Jaulin, *La paix blanche. Introduction a l'ethnocide*, Seuil, 1970, y *Le livre blanc de l'ethnocide en Amérique*, Fayard, 1972.
- 10 Raymond Evans, “Crime without a Name”: *Colonialism and the Case for “Indigenocide”*, en A. Dirk Moses (ed.), *Empire, Colony, Genocide: Conquest, Occupation, and Subaltern Resistance in World History*, Berghahn Books, 2008, pp. 133-147.

- 11 Benjamin Lieberman, 'Ethnic Cleansing' versus Genocide?, en Donald Bloxham y A.D. Moses (eds.), *The Oxford Handbook of Genocide Studies*, Oxford University Press, 2010, pp. 42-60.
- 12 B. Clavero, *Genocide or Ethnocide: How to Make, Unmake and Remake Law with Words, 1933-2007*, Giuffrè Editore, 2008, particularmente capítulo VIII.4, "Behind Chutzpah: Indigenous Peoples and Practical Denial".
- 13 José Martínez Cobo, *Estudio del problema de la discriminación contra las poblaciones indígenas, 1981-1983*, capítulo 15, párrafo 136; Benjamin Whitaker, *Revised and Updated Report on the Question of the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*, 1985, parte II, sección B.3; Erica Itene A. Daes, *Study on the protection of the cultural and intellectual property of indigenous peoples*, 1993, párrafo 3.
- 14 Recordemos: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".
- 14 Recordemos: "A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por 'crimen de lesa humanidad' cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque: a) Asesinato; b) Exterminio; c) Esclavitud; d) Deportación o traslado forzoso de población; e) Encarcelación u otra privación grave de la libertad física en violación de normas fundamentales de derecho internacional; f) Tortura; g) Violación, esclavitud sexual, prostitución forzada, embarazo forzado, esterilización forzada o cualquier otra forma de violencia sexual de gravedad comparable; h) Persecución de un grupo o colectividad con identidad propia fundada en motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género definido en el párrafo 3, u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional, en conexión con cualquier acto mencionado en el presente párrafo o con cualquier crimen de la competencia de la Corte; i) Desaparición forzada de personas; j) El crimen de apartheid; k) Otros actos inhumanos de carácter similar que causen intencionalmente grandes sufrimientos o atenten gravemente contra la integridad física o la salud mental o física".
- 15 M. Cherif Bassiouni (ed.), *International Criminal Law*, vol. I, *Sources, Subjects, and Contents*, Martinus Nijhoff, 2008.
- 16 Asbjorn Eide, *The Indigenous Peoples, the Working Group on Indigenous Populations and the Adoption of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, y E.I.A. Daes, *The Contribution of the Working Group on Indigenous Populations to the Genesis and Evolution of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, en Claire Charters y Rodolfo Stavenhagen (eds.), *Making the Declaration Work: The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples*, IWGIA, 2009, pp. 32-46 y 48-76.
- 17 E/C.19/2009/14 (Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Informe sobre el octavo período de sesiones), Anexo I, Observación general respecto de la aplicación de las recomendaciones del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas relativas a la aplicación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas.
- 18 Federico Lenzerini (ed.), *Reparations for Indigenous Peoples: International and Comparative Perspectives*, Oxford University Press, 2008, tomándose en consideración tanto la Declaración como los Principios.
- 19 A/HRC/15/37/Add.3 (25 de mayo, 2010), párrafo 64.
- 20 B. Clavero, *Lesía Humanidad en Colombia: Deriva de la Fiscalía de la Corte Penal Internacional y de la Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, disponible en Internet: <http://clavero.derechosindigenas.org/?p=7679> (incluido en este libro).
- 21 B. Clavero, *Genocidio en Colombia: Alerta de la Corte Constitucional*, disponible en Internet: <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2010/07/Genocidio-en-Colombia.pdf>, con enlace al Auto 004/2009 y a otras resoluciones de la Corte Constitucional interesantes al caso (incluido, sin los enlaces, en este libro).
- 22 Jessica Almqvist y Carlos Espósito (eds.), *Justicia Transicional en Iberoamérica*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2009.
- 23 Para los Estados Unidos, Walter R. Echo-Hawk, *In the Courts of the Conqueror: The 10 Worst Indian Law Cases Ever Decided*, Fulcrum, 2010, especialmente el capítulo 14, "Was Genocide Legal?"
- 24 Después de la presentación de una versión resumida de este estudio ante el Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, se ha producido en

Colombia una novedad que merece reseñarse. Con pleno respaldo de las Naciones Unidas, inclusive la presencia de su Secretario General en el acto de suscripción en Bogotá, el 10 de junio de 2011 se ha promulgado una ley de víctimas que, de una parte, excluye la restitución íntegra de tierras indígenas, dejando aplazada la reparación respectiva a la eventualidad de la consulta; y que, de otra parte, exonera de responsabilidad al Estado y a las empresas, sin excluir a aquellas que se han apropiado de tierras indígenas tras el desplazamiento forzoso.

